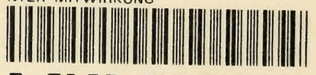



WILBUR L. CROSS LIBRARY
UNIVERSITY OF CONNECTICUT




S
SACK
JURISTISCHE
BUCHHANDLUNG
BERLIN·W·35
POTSDAMER·STR. 112



Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Unter Mitwirkung
zahlreicher und namhafter Juristen
in Verbindung mit

Dr. A. Brückmann, Gerichtsassessor in Berlin, und Dr. Th. Olshausen, Gerichtsassessor in Berlin,

herausgegeben von

Dr. Hugo Neumann,
Rechtsanwalt am Kammergericht zu Berlin.

---

3. Jahrgang
(die Zeit bis Anfang 1905 umfassend).

Zweiter Band.



Berlin, 1905.
Verlag von Franz Vahlen.
W. 8., Mohrenstraße 13/14.

Inhaltsverzeichnis.

Abkürzungen.

A.bürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.
A.öffR. = Archiv für öffentliches Recht.
A.zivPr. = Archiv für die zivilistische Praxis.
BadNotZ. = Badische Notarszeitung.
BadRpr. = Badische Rechtspraxis.
BankA. = Bank-Archiv.
BauersZ. = Zeitschrift für Aktiengesellschaften und „der Handelsgesellschafter".
BayNotZtg. = Zeitschrift für das Notariat und für die freiwillige Rechtspflege der Gerichte in Bayern.
BayObLG. = Bayerisches Oberstes Landesgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Sammlung von Entscheidungen des Obersten Landesgerichts für Bayern in Gegenständen des Zivilrechtes.
BraunsA. = Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik.
BraunschZ. = Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig.
BreslAK. = Zeitschrift der Breslauer Anwaltskammer.
BuschsZ. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß ... Begründet von Busch.
DJT. = Verhandlungen des Deutschen Juristentages.
DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.
DNotVZ. = Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
DVersZ. = Deutsche Versicherten-Zeitung.
Egers eisenb. E.u.A. = Egers Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen.
ElsLothrJZ. = Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen.
ElsLothNotZ. = Notariats-Zeitschrift f. Elsaß-Lothringen.
FischersZ. = Dr. Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, zunächst für das Königreich Sachsen.
Frankf. Rundsch. = Rundschau (für den Bezirk des OLG. Frankfurt a. M.)
GerH. = Gerichtshalle.
GewA. = Gewerbearchiv.
GewGer. = Das Gewerbegericht.
GG. (mit Ort z. B. Berlin) = Gewerbegericht Berlin.
GH. = Gerichtshalle.
Goldschmidts Z. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Begründet von Goldschmidt.
GoltdA. = Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Begründet von Goltdammer.
GRschutz = Gewerblicher Rechtsschutz.
Gruchots Beitr. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.
Grünhuts Z. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.
HansGerZ. = Hanseatische Gerichtszeitung.
HessRspr. = Hessische Rechtsprechung.
Hirths Ann. = Annalen des Deutschen Reichs. Begründet von Hirth.
Holdheims MSchr. = Monatsschrift für Handelsrecht usw. Herausgegeben von Holdheim.
JBl. = Juristische Blätter (Österreich).
JDR. = Jahrbuch des deutschen Rechtes (der Jahrgang wird durch arabische Ziffern bezeichnet).
Iherings J. = Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes.
JLBl. = Juristisches Literaturblatt.
JustdRdsch. = Justizdienstliche Rundschau.
JW. = Juristische Wochenschrift.
KG. = Kammergericht.
KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
KGJ. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

KrimPsychMSchr. = Monatsschrift f. Kriminalpsychologie.
KrVSchr. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
MecklZ. = Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
Mitt. v. VDP. = Mitteilungen vom Verband deutscher Patentanwälte.
NaumbAK. = Zeitung der Anwaltskammer Naumburg.
OLG. (mit folgender Band- und Seitenzahl) = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechtes. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
OLG. (mit Ort z. B. Breslau) = OLG. Breslau.
ÖstAGZ. = Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung.
ÖstZBl. = Österreichisches Centralblatt für die juristische Praxis.
PA. = Patentamt.
PBl. = Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen.
PfälzRpr. = Pfälzische Rechtspraxis.
PosMschr. = Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.
PreußVerwBl. = Preußisches Verwaltungsblatt.
PrVolksschulA. = Preußisches Volksschularchiv.
PrOVG. = Entscheidungen des Königl. Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
Puchelts Z. = Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Zivilrecht.
R. = Das Recht.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts; ohne weitere Quellenangabe = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RheinA. = Rheinisches Archiv.
RheinAV. = Zeitschrift des rheinpreußischen Amtsrichter-Vereins.
RJA. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichs-Justizamte.
RMG. = Reichsmilitärgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
SächsA. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
SächsOLG. = Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden.
SächsOVG. = Jahrbuch d. Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts.
SchlHolstAnz. = Schleswig-Holsteinische Anzeigen.
SeuffA. = Seufferts Archiv.
SeuffBl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.
Soz. Pr. = Soziale Praxis.
ThürBl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.
UnlW. = Unlauterer Wettbewerb.
VerwA. = Verwaltungsarchiv.
WürttJ. = Jahrbücher für Württembergische Rechtspflege.
WürttZFrG. = Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg.
ZAktWes. = Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen.
ZBlFrG. = Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit.
ZBlRw. = Centralblatt für Rechtswissenschaft.
ZIPR. = Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht (jetzt Privat- und öffentliches Recht). Begründet von Böhm.
ZKirchR. = Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht.
ZSchw.R. = Zeitschrift für schweizerisches Recht.
ZStW. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
ZVersWes. = Zeitschrift für Versicherungswesen.
ZVersWiss. = Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft.
➛ ⟵ = Selbständiger Zusatz bezw. Entgegnung eines Autors.
➛ — Red. ⟵ = Bemerkung der Redaktion.

Handelsgesetzbuch.

Erstes Buch. Handelsstand.

Erster Abschnitt. Kaufleute.

Vorbemerkung: Die Streitfrage über die Abgrenzung der §§ 2 und 4 ist noch nicht zur Ruhe gekommen, jedoch scheint die Ansicht Staubs, daß das wesentliche Merkmal des Handwerksbetriebs der geringe Umfang sei, zurückgedrängt zu werden von der, vor allem von dem Bayrischen Obersten Landesgerichte vertretenen, Ansicht, daß entscheidend nicht die Größe des Unternehmens sei, sondern die Art, wie es geführt wird, ob mit den charakteristischen Merkmalen eines Handwerksbetriebs oder ohne diese.

Literatur: Lehrbücher: Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts (6). Stuttgart 1903. — Gareis, Das Deutsche Handelsrecht, Lehrbuch (7). Berlin 1903. — Giercke in Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaften (6). Leipzig 1904.

Kommentare und Handausgaben: Basch (5). Berlin 1902. — Dove. Berlin 1900. — Düringer-Hachenburg. Mannheim 1899/1903. — Friedberg, Handelsgesetzgebung des Deutschen Reichs (7). Leipzig 1904. — Gareis, Handausgabe (3). München 1904. — Goldmann. Berlin 1900/1904. — Lehmann-Ring. Berlin 1899/1903. — Lithauer (12). Berlin 1903. — Makower (12). Berlin 1900/1904. — Staub (6, 7). Berlin 1900.

§ 1. Abs. 1. 1. Nur der ist Kaufmann, auf dessen Namen das Handelsgewerbe betrieben wird, gleichviel ob auf seine oder fremde Rechnung, gleichviel ob er persönlich im Gewerbe tätig ist oder nicht. Court, DJZ. **04** 213. S. u. § 54 Ziff. 1.

2. Die freie Vereinigung von Beamten und Arbeitern staatlicher Verwaltungen zum Zwecke der Errichtung und des Betriebes von Wohlfahrtseinrichtungen für die Förderung ihrer wirtschaftlichen Lage (gemeinsamer Bezug und Verteilung von Waren zu niedrigen, den Selbstkosten nahezu gleichkommenden Preisen, Betrieb einer Kantine auf der gleichen Grundlage) kann nicht als ein Handelsgewerbe aufgefaßt werden. BadVerwGerH., BadRpr. **04** 65.

Abs. 2. Die einzelnen Grundhandelsgeschäfte.

Zu Nr. 3. Nach § 1 Ziff. 3 ist Kaufmann, wer gewerbsmäßig Versicherungen gegen Prämie übernimmt. Der Gegensatz dieser Versicherung zur Versicherung auf Gegenseitigkeit liegt darin, daß bei letzterer die Versicherungsnehmer die Mitglieder des Versicherungsunternehmens sind. Die Unterscheidung hat sehr an Bedeutung verloren, seitdem nach § 16 des Versicherungsaufsichtsgesetzes auch die Gegenseitigkeitsversicherung dem Handelsrecht unterstellt ist. Dies gilt nicht bloß für die nach diesem Gesetze neu zugelassenen, sondern auch für die bestehenden Gegenseitigkeitsvereine, soweit sie rechtsfähig sind. Dagegen sind nicht Kaufleute die sogenannten kleineren Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (§ 53 VAG.), denen diese Eigenschaft durch Entscheidung der Aufsichtsbehörde zuerkannt ist, und ebensowenig sind es die nach Landesrecht errichteten öffentlichen Versicherungsanstalten, von denen die sogen. Sozietäten nur einen Teil bilden (§ 119 VAG.). Ihre Versicherungsverträge sind mithin Handelsgeschäfte nur, insoweit sie und zwar gewerbsmäßig, gegen Prämie, das will sagen mit Nichtmitgliedern, abgeschlossen werden.

Die Unterschiede zwischen der handelsrechtlichen und der zivilrechtlichen Versicherung liegen in der Hauptsache auf Gebieten, die den Gewerbebetrieb des

Versicherers betreffen. Ist dieser Kaufmann, so untersteht er dem Registerzwange, die Vorschriften über die Firma, die Handelsbücher, und die Prokura usw. sind anwendbar, seine Agenten sind Handlungsagenten. Die von ihm abgeschlossenen Versicherungsverträge sind Handelsgeschäfte, und zwar auch soweit sein Gewerbebetrieb nicht auf den Abschluß derartiger Versicherungen gerichtet ist, die allgemeinen Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über Handelsgeschäfte gelten für den Versicherungsvertrag. Behrend, Entwurf eines Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag, Goldschmidts Z. **55** 37 ff.; vgl. IDR. **2** zu Nr. 3.

Zu Nr. 5. a) Ein Kommunalverband, welcher eine Kleinbahn betreibt, ist insoweit gewerbsmäßiger Frachtführer und als solcher Kaufmann. PrOVG. **25** 160, EisenbE. **20** 220.

b) Wer ein Müllabfuhrgeschäft betreibt, ist damit nicht Frachtführer. KG., OLG. **9** 237, ZBlFrG. **5** 263.

Zu Nr. 6. Der Lübecker Staat übernimmt nach Maßgabe der Teerhofsordnung vom 11. April 1885 gewerbsmäßig die Lagerung und Aufbewahrung von Gütern, damit ist er Lagerhalter und insoweit Kaufmann; daß der prinzipale Zweck des Staates auf die Förderung des öffentlichen Wohles und nicht auf einen pekuniären Gewinn gerichtet ist, ändert hieran nichts. OLG. **9** 241 (Hamburg).

Zu Nr. 7. Die an der Börse tätigen Kursmakler sind Handelsmakler im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 7 und unterliegen als solche der Registerpflicht. OLG. 8 245, R. **04** 256, ZBlFrG. **4** 637, BankA. **3** 133 (Dresden).

§ 2. 1. Allgemeines.

a) Kuckuck, Holdheims MSchr. **04** 127, schließt sich der Ansicht Staubs an, daß das Gesetz die Worte „nach Art und Umfang" unbeschadet des Sinnes hätte fortlassen können; vgl. IDR. **2** zu § 2.

b) Für sich allein kann weder der Geschäftsumsatz noch die Anzahl der Firmen, von denen Waren bezogen werden, und ebensowenig die Eintragung in das Handelsregister, ausschlaggebend dafür sein, daß jemandem die Eigenschaft eines Vollkaufmanns beizumessen sei. In dieser Beziehung ist weiter unter Berücksichtigung des im Geschäftsbetriebe verwendeten Kapitals, des Geschäftsertrags, der dem Betriebe gewidmeten Räumlichkeiten und des in ihm beschäftigten Personals in Erwägung zu ziehen, ob das Geschäft einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Betrieb erfordert. **RG.** (Straff.), DIZ. **04** 1187.

2. Einzelnes.

a) Ein in das Handelsregister eingetragener Bergwerksbesitzer ist Kaufmann. **RG.** IW. **04** 475.

b) Die Darlehnsgeschäfte der Pfandleiher sind Kreditgeschäfte, die bei einem größeren Umfange des Gewerbebetriebs kaufmännische Einrichtungen, namentlich kaufmännische Buchführung, erfordern. OLG. **8** 379, RIA. **4** 153, KGI. **27** A 201, R. **04** 339, ZBlFrG. **5** 97, **4** 856 (KG.), vgl. IDR. **2** § 2 Nr. 5a.

c) Ein rechtsfähiger Verein, welcher religiöse Zwecke verfolgt, ist von der Pflicht zur Anmeldung einer Firma befreit, auch wenn er in einzelnen zur Erreichung jener Zwecke eingerichteten, Unternehmungen (Gast- und Speisehäusern) eine gewinnbringende Tätigkeit ausübt. RIA. **4** 203, KGI. **28** A 33, ZBlFrG. **5** 151, 417 (KG.).

d) Der Betrieb einer Anstalt, in der Kranken neben anderen Leistungen Wohnung und Kost gewährt wird, kann ein gewerbliches Unternehmen i. S. des § 2 sein. Da freilich die Ausübung des ärztlichen Berufs an sich nie ein gewerbliches Unternehmen ist, so ist es auch der Anstaltsbetrieb nicht, wenn er lediglich in Ausübung des ärztlichen Berufs des Unternehmers und zum Zwecke

dieser Ausübung (Lehrzwecken 2c.) stattfindet. Ist aber der Hauptzweck des Anstaltsbetriebs die Gewährung von Aufenthalt und Unterhalt und die hieraus erwachsene Einnahme, werden namentlich die Kranken in der Hauptsache nicht von dem Inhaber der Anstalt, sondern von anderen Ärzten behandelt, so ist ein eintragungspflichtiges gewerbliches Unternehmen i. S. des § 2 vorhanden. OLG. 8 89, R. **04** 171, Goldschmidts Z. **55** 281, ZBlFrG. **4** 637 (KG.).

Gegen diese Entscheidung wendet sich Marcus, R. **04** 9 in Anlehnung an Lastigs Aufsatz „Der Gewerbetreibenden Eintragungspflicht" (s. JDR. **2**). Das OVG. Dresden verneint die gewerbliche Qualität der spezialärztlichen Privatkliniken. Naundorff, R. **04** 186 (vgl. JDR. **2** § 2 Nr. 5g).

e) Wenn ein Theaterunternehmen auch die Kunst fördern will, so wird es in der Regel doch in erster Reihe betrieben, um eine dauernde Einnahmequelle abzugeben. Es ist also ein gewerbliches Unternehmen, das unter den sonstigen Voraussetzungen des § 2 eine Firma zur Eintragung anzumelden hat. Eine andere Beurteilung könnte nur in dem ausnahmeweisen Falle Platz greifen, daß ein Unternehmer ein Theater betriebe, einzig um seine sonstige literarische oder künstlerische Tätigkeit zu ermöglichen oder zu fördern. OLG. 8 247, Goldschmidts Z. **55** 286, KGJ. **26** A 212, ZBlFrG. **4** 737 (KG.); OLG. 8 249, SächsOLG. **25** 327, ZBlFrG. **4** 637 (Dresden).

f) Der Zusammenschluß mehrerer Personen zu einem Gesellschaftsunternehmen, welches den Ankauf eines Grundstückskomplexes, dessen Parzellierung und die Weiterveräußerung der Parzellen bezweckt, ist ein eintragungspflichtiger Gewerbebetrieb gemäß § 2. Die zum Begriffe des Gewerbes erforderliche Tätigkeit liegt in der Herbeiführung von Verkaufsgelegenheiten, in der Parzellierung und Aufschließung der Grundstücke, in der Anlegung von Straßen 2c. KG., OLG. 9 238, ZBlFrG. **5** 222.

Der gewerbsmäßige Grundstückshandel fällt unter § 2, wenn das Unternehmen nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. KG., KGJ. **26** A 209, Goldschmidts Z. **55** 304, ZBlFrG. **4** 727.

§ 3. Ein Gewerbe, das auf die Gewinnung und Verwertung anorganischer Bodenbestandteile gerichtet ist, kann nur dann ein Nebengewerbe des landwirtschaftlichen Betriebs sein, wenn die Bodenbestandteile in der Hauptsache aus Grundstücken herrühren, die dem Unternehmer in erster Linie zu landwirtschaftlichen Zwecken, also zur Erzeugung organischer Rohstoffe, dienen. Eine Ziegelei, in der vornehmlich Ton verwendet wird, den der Unternehmer durch Kauf oder durch Pachtung von Tonlagern, d. i. nicht landwirtschaftlichen Grundstücken, erworben hat, kann zwar einen mit dem Betriebe der Landwirtschaft verbundenen Gewerbebetrieb darstellen; ein solches Gewerbe ist aber nicht mehr als ein Nebengewerbe des landwirtschaftlichen Betriebs, sondern als ein selbständiges Hauptgewerbe anzusehen. KG., RJA. **4** 149, KGJ. **27** A 205, ZBlFrG. **5** 93, vgl. JDR. 2.

§ 4. 1. Zum Begriff des Handwerkers, Abgrenzung gegen § 2.

a) Auf Handwerker finden die Vorschriften über die Firmen auch dann keine Anwendung, wenn ihr Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht. Sie sind nur dann verpflichtet, ihre Firma eintragen zu lassen, wenn ihr gewerbliches Unternehmen nach Art und Umfang eineu in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. KG., OLG. 8 92, KGJ. **27** A 60. Über den Maßstab dafür, wann ein gewerbliches Unternehmen „nach Art und Umfang" einen kaufmännisch eingerichteten Betrieb erfordert s. die zit. Entsch. u. JDR. **2** § 4.

b) Gegen die von Staub I 71, 74 (s. JDR. **2** § 4) vertretene Ansicht, das wesentliche Begriffsmerkmal des Handwerks liege ebenso wie das des Kleinge-

werbes darin, daß der Geschäftsbetrieb von so geringem Umfang ist, daß er kaufmännische Einrichtungen nicht erfordert, wendet sich nunmehr auch das OLG. 8 250, R. **04** 83, KGJ. **27** A 300, ZBlFrG. **5** 27, **4** 637, SeuffA. **59** 196 (BayObLG.).

Es führt aus:

Der Umstand, daß ein gewerbliches Unternehmen einen beträchtlichen Umfang hat, schließt die Möglichkeit nicht aus, daß es ein handwerksmäßiges Unternehmen ist; ein großer Handwerksbetrieb kann denselben Umfang haben wie ein kleinerer Fabrikbetrieb. Entscheidend ist die Art, wie das Unternehmen geführt wird, wobei insbesondere das Verhältnis des Meisters zu seinen Gehilfen, die Art und das Maß der Arbeitsteilung, die Verwendung von Maschinenkraft, die Benutzung des Kredits im Wechselverkehr in Betracht kommen.

c) *Kuckuck, Zur Auslegung des § 4 Abs. 1 HGB., Holdheims MSchr. **04** 124, erachtet für unrichtig den Gedankengang, daß Abs. 1 zwar Handwerker und Kleingewerbetreibende von der Eintragungspflicht befreie, daß aber § 2 eine höhere allgemeine Regel aufstelle, der im Falle der Kollision die Vorschrift des § 4 derart weichen müsse, daß, wenn das Unternehmen eines Handwerkers einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordere, es eintragungspflichtig sei, trotzdem es ein Handwerksbetrieb sei und trotzdem der § 4 Abs. 1 Handwerker von der Eintragung in das Handelsregister ausschließe.

Der Unterschied der beiden Paragraphen ist nach Kuckuck vielmehr darin zu suchen, daß § 2 sich nur auf diejenigen Gewerbetreibenden bezieht, die nicht schon durch § 1 zu Kaufleuten gemacht werden, daß er den Gegensatz von Kaufmann und Nicht-Kaufmann betrifft, § 4 Abs. 1 dagegen sich nur auf Kaufleute im Sinne des § 1 bezieht und den Gegensatz zwischen Voll-Kaufmann und Minder-Kaufmann betrifft.

Unrichtig ist es auch, nach Kuckuck, den Begriff „Handwerker" in Abs. 1 so auszulegen, daß alle gewerblichen Unternehmen, sobald sie einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordern, außerhalb jenes Begriffs bleiben; das Charakteristische des Handwerks ist die Produktion ohne Betriebsteilung, ohne diese kann aber auch in größeren kaufmännische Einrichtungen erfordernden Betrieben produziert werden (vgl. zu 1 a—c JDR. **2** § 4).

2. Einzelfälle.

a) Einen Flaschenbierhändler rechnet man unter die Minderkaufleute. OLG. Zweibrücken, Puchelts Z. **35** 360.

b) Bei Gastwirtschaftsbetrieben richtet sich die Grenze zwischen Kleingewerbe und einem über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehenden Betriebe nach dem Umfange des Betriebs, insonderheit der Größe des Betriebskapitals, der Größe des Umsatzes, der Zahl der Personen, denen gegenüber der Gewerbetreibende Verbindlichkeiten eingeht. OLG. **9** 240, ZBlFrG. **5** 222 (Hamburg).

c) Auch der Bäcker, der sein Gewerbe nur handwerksmäßig betreibt, ist Kaufmann, und zwar gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1. OLG. Dresden, SächsA. **14** 246.

3. Eine Vereinigung von Minderkaufleuten zum Betrieb eines Handelsgewerbes gilt nach außen als offene Handelsgesellschaft, wenn sie durch ihre in verkehrsüblicher Weise abgegebenen Erklärungen den Anschein erwecken wollte und erweckt hat, daß sie eine offene Handelsgesellschaft, eine dem Handelsgesetzbuche zu unterstellende Vereinigung zum Betrieb eines über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehenden, kaufmännisch eingerichteten Handelsgewerbes sei. Dies hat zur Folge, daß auch für die Vertretung nach außen die Gesellschaft sich so behandeln lassen muß, als sei sie eine solche von Vollkaufleuten. OLG. Dresden, SächsA. **14** 583.

§ 5. Vgl. JDR. **2** § 5.

§ 6. Unter die nach Abs. 1 auf Handelsgesellschaften anwendbaren Paragraphen gehört auch § 18; d. h. auch den Gesellschaftsfirmen darf kein auf Täuschung berechneter Zusatz beigefügt werden. OLG. **9** 241 (KG.).

Zweiter Abschnitt. Handelsregister.

Literatur: Ehrenberg, Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister, Iherings J. **47**.

§ 8. Vgl. JDR. **2** § 8.

§ 9. 1. Die allgemeine Vorschrift des § 9, die in bezug auf das Handelsregister und die zu ihm eingereichten Schriftstücke das Recht jeder beliebigen Person auf Einsicht, Erteilung von Abschriften und Bescheinigungen regelt, schließt keineswegs aus, daß einzelnen bestimmten Personen oder Behörden auf Grund besonderer Vorschriften ein weitergehendes Recht auf Benutzung des Handelsregisters zusteht.

Als eine solche besondere Vorschrift kommt diejenige des § 144 GewUVG. in Betracht. OLG. **8** 385, R. **04** 339, ZBlFrG. **5** 34, 61, KGJ. **27** A 214, RJA. **4** 100 (KG.).

2. Die Beweiskraft der Registerauszüge ist nicht ohne weiteres auf die Zeit ihrer Erteilung beschränkt, die Vermutung spricht vielmehr dafür, daß eine Vertretung wenigstens für die nächste Zeit so geblieben ist, wie sie damals geordnet war. OLG. Colmar, ZBlFrG. **5** 330.

§ 11. Die Fassung des § 11, daß das Gericht die Blätter zu „bezeichnen" hat, ergibt, daß dem Ermessen des Gerichts die Auswahl der Blätter überlassen ist, sie bietet keinen Anhalt dafür, daß ihm auch die Entscheidung über die Form der Bekanntmachung dieser Auswahl zusteht. Die diesbezügliche Bestimmung des a. HGB. ist nach der D. ausdrücklich gestrichen worden, um dem Verwaltungswege diese Entscheidung vorzubehalten. Die PrMinVerf. vom 4. 12. 00 betreffend das Verbot der Bekanntmachung der Blätter durch die Amtsgerichte ist daher bindend. OLG. **8** 251, ZBlFrG. **4** 790 (Königsberg).

§ 12. 1. *Kaufmann, ZBlFrG. **4** 467—470. Die zur Aufbewahrung bei dem Gericht einzureichende Firmenzeichnung muß persönlich erfolgen; die Beglaubigung ihres Anerkenntnisses genügt nicht. Dies ergibt sich für das alte HGB. aus der Entstehungsgeschichte wie dem Zwecke des Art. 19, dem Publikum die Möglichkeit zu geben, die betreffenden Handschriften einzusehen und die Zeichnungen mit den im Verkehr abgegebenen zu vergleichen. Das gleiche gilt für das neue HGB., da der dem Art. 19 insoweit entsprechende § 12 denselben Sinn hat und eine Änderung gegenüber dem früheren Rechte nicht beabsichtigt ist. § 183 FrGG. steht nicht entgegen, weil es sich dort um Beglaubigung einer „Unterschrift", nicht einer „Zeichnung" handelt.

2. Der JDR. **2** § 12 Nr. 7 abgedruckten Entsch. d. RG. (**RG. 54** 168) über die Beglaubigung der Unterschriftszeichnung schließt sich Franz, DNotV. Z. **4** 65/66 an, unter gleichzeitiger Polemik gegen die abweichende Ansicht des KG. (JDR. a. a. O.). Dagegen wendet sich *Franz 66/67 gegen die zitierte Entsch. d. RG., soweit sie — ebenfalls im Gegensatze zum KG. — die Anwendbarkeit des § 183 FrGG. auf die Beglaubigung der Unterschriftszeichnung überhaupt ausschließend, eine solche Beglaubigung der Unterschriftszeichnung fordert, an der sich — im Gegensatze zu der bloßen Anerkennung der Unterschrift im Sinne des § 183 — die persönliche Vollziehung der Unterschrift durch den Zeichnenden ergibt.

§ 13. 1. Begriff der Zweigniederlassung.

Als Zweigniederlassungen sind nicht anzusehen bloße Empfangnahme- und Aushändigungsstellen, weil in diesen nur faktische Dienste verrichtet, nicht kaufmännische Geschäfte abgeschlossen werden. Der Betrieb einer Zweigniederlassung aber muß so organisiert sein, daß sie im Falle der Aufhebung der Hauptniederlassung, in der Eigenschaft der letzteren weiterbestehen könnte. LG. Mainz, HessRspr. **5** 4, ZBlFrG. **4** 799.

Vgl. über den Begriff der Zweigniederlassung IDR. **2** § 13.

2. Verhältnis der Zweigniederlassung zur Hauptniederlassung (vgl. IDR. **2** § 13 Nr. 2).

Das Registergericht der Zweigniederlassung hat in eine selbständige Prüfung derjenigen Voraussetzungen, welche § 2 für die Eintragungsfähigkeit der Firma eines Gewerbetreibenden aufstellt, nicht einzutreten. Es hat sich vielmehr mit dem Nachweise der Eintragung in das Register der Hauptniederlassung zu begnügen und nur die besonderen Erfordernisse der Eintragungsfähigkeit der Zweigniederlassung zu prüfen. Haupt- und Zweiggeschäfte bilden den einheitlichen Geschäftsbetrieb derselben Person, und diese ist hinsichtlich des gesamten Betriebs Vollkaufmann, wenn das Hauptgeschäft allein oder in Verbindung mit dem Zweiggeschäft als „Handelsgewerbe" zu gelten hat. RIA. **4** 159, KGI. **27** A 210, ZBlFrG. **5** 101, 150 (KG.).

3. Die Zweigniederlassung der Aktiengesellschaft (vgl. IDR. **2** § 13 Nr. 5).

Änderungen in der Besetzung der Aufsichtsratsstellen einer Aktiengesellschaft sind auch zum Register der Zweigniederlassung anzumelden. RIA. **4** 217, OLG. **9** 243, KGI. **28** A 46 (KG.).

4. Zu Abs. 3.

Die Anmeldung einer Aktiengesellschaft, die ihren Sitz im Auslande hat, zur Eintragung in das Handelsregister einer inländischen Zweigniederlassung kann beanstandet werden, weil nur die Anmeldung selbst, nicht aber der mit ihr eingereichte Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung über die Form der Gesellschaftsbekanntmachungen enthalte, es sei denn, daß erweislich nach Maßgabe des betreffenden ausländischen Rechtes die Einfügung einer Bestimmung hierüber in den Gesellschaftsvertrag sich nicht erzielen läßt. KGI. **26** A 65, ZBlFrG. **4** 143, RIA. **3** 237 (KG.).

§ 14. Findet sich bei der Bezeichnung des Firmeninhabers im Handelsregister eine unrichtige Standesbezeichnung, so kann der Firmeninhaber zu einer die Löschung dieser unrichtigen Bezeichnung beantragenden Anmeldung im Wege des Ordnungsstrafverfahrens nicht angehalten werden. KG., KGBl. **03** 102, Goldschmidts Z. **55** 294.

§ 15. 1. *Ehrenberg Iherings J. **47** 291—338: Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister.

Ehrenberg 296: Die Eintragung ins Handelsregister für sich allein bewirkt noch keine Vermutung für die Richtigkeit der eingetragenen Tatsache (so Staub Note 16 zu § 8), sondern höchstens eine Vermutung für ihre Legalität, d. h. dafür, daß es gesetzlich zulässig war, die betreffende Tatsache, so wie geschehen, in das Handelsregister einzutragen. Auch dieses findet nach Ehrenberg im HGB. keine Stütze, ist aber mit dem Reichsgerichte (**RG. 41** 22) zu billigen. Gl. A. Düringer-Hachenburg Note 1 zu § 15.

Ehrenberg 297—307: Die Eintragung und Bekanntmachung hat nicht — wie das Reichsgericht (**50** 431) mit der herrschenden Meinung (z. B. Düringer-Hachenburg I 82, Staub I 86) annimmt — die (positive) Wirkung, daß der gutgläubige Dritte nunmehr die eingetragene Tatsache für richtig

halten darf (öffentlicher Glaube des Handelsregisters); auch nicht bei sog. Rechtsänderungen, und zwar gleichgültig, ob der frühere Zustand eingetragen war oder nicht (324 ff.). Staub (Zus. 1 zu § 15) irrt, wenn er behauptet, daß, solange eine Rechtsänderung nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, der gutgläubige Dritte den früheren Zustand, falls dieser eingetragen ist, als fortdauernd betrachten dürfe.

Ehrenberg 308, 309: Auch, wenn die Eintragung konstitutive Kraft hat, braucht der Dritte die eingetragene Tatsache vor ihrer Bekanntmachung nicht gegen sich gelten zu lassen.

Das Verhältnis des § 15 zu den einzelnen Fällen von Eintragungen mit konstitutiver oder heilender Kraft erörtert Ehrenberg, und zwar 310 zu § 30; 310—316 zu §§ 2 (3) und 5; 316—317 zu §§ 106 und 123; 317—321 zu §§ 176, 172; 321—323 zu §§ 200, 311; 323 zu §§ 26, 159, 277, 304, 306, 320, 332 HGB. und zu §§ 11, 77, 81 Ges. v. 20. 4. 92.

Ehrenberg 334—338: Die Ansicht des Reichsgerichts (**RG. 19** 197, **50** 429), daß der Eintragungsinteressent die publizierte Tatsache, weil er sie angemeldet hat, gegen sich gelten lassen muß, unterliegt in dieser Allgemeinheit erheblichen Bedenken.

Ehrenberg 334: Der Dritte ist gegenüber der Eintragung einer unrichtigen Tatsache allgemein und auf die Hilfsmittel angewiesen, die ihm das bürgerliche Recht bietet (Anfechtung wegen Irrtums, Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung, Bereicherungsklage).

2. Wer geschehen läßt, daß ein anderer ihn als seinen geschäftlichen Teilhaber bezeichnet und eine auf seine Mitinhaberschaft deutende Firma gebraucht, haftet Dritten als Kaufmann; er kann die Tatsache, daß er aus einer derartigen Gesellschaft ausgeschieden ist, Dritten dann nicht mit Erfolg entgegensetzen, wenn die Fortführung der alten Firma mit seiner Einwilligung oder seinem Vorwissen geschah oder wenn er nach Art der Geschäftsgebarung während seiner Mitinhaberschaft verpflichtet war, den Dritten von seinem Ausscheiden zu unterrichten. In diesen Fällen wirkt er durch sein Schweigen dazu mit, daß im Rechtsverkehr irrige Anschauungen über die Person der Kontrahenten oder doch der aus den abgeschlossenen Rechtsgeschäften Verpflichteten entstehen. OLG. **8** 96, R. **04** 227 (Dresden).

Dritter Abschnitt. Handelsfirma.

Vorbemerkung: Die Streitfrage über die Stellung der Firma im Grundbuchverkehre scheint in dem Sinne beendet zu sein, daß die Praxis die Eintragung einer Hypothek für den Einzelkaufmann wie seine Eintragung als Eigentümer im Grundbuche nur unter seinem bürgerlichen Namen, nicht aber unter seiner Firma für zulässig erachtet. Dagegen hat sich eine neue Kontroverse darüber entsponnen, ob der Zweigniederlassung eine besondere von der Firma der Hauptniederlassung abweichende Firma einzuräumen und ob diese Firma im Grundbuch einzutragen sei. (§ 17 Nr. 4 b.)

Beachtenswert ist die Meinungsverschiedenheit darüber, ob § 25 auch auf das Handlungsgeschäft von Minderkaufleuten Anwendung findet. Mit dem RG. wird dies wohl zu verneinen sein. (§ 25 Nr. 4.)

Die Auslegung des § 27 (Vererbung eines Handelsgeschäfts) hat weiter die Wissenschaft beschäftigt. Mit dem in JDR. 2 § 27 besprochenen Aufsatze Stegemanns setzt sich in stets geistvoller, nicht immer zutreffender Weise Schultes (§ 27 Nr. 2) auseinander.

Literatur: Schultes, Die Schuldhaftung der Erben nach § 27 HGB. Borna-Leipzig 1903.

§ 17. 1. Der Schutz, den die Firma gewährt, ist ein sachlich unbeschränkter. Ihre Macht ist nicht an bestimmte Waren gebunden, wie der

Kaufmann durch das Gesetz in keiner Weise in der Auswahl der Geschäfte, welche er abschließen, und der Waren, welche er vertreiben will, beschränkt ist.

Eine Gegenüberstellung des Schutzes, den die Firma gewährt, und desjenigen, den das Warenzeichen gewährt, findet sich bei *Wassermann, GRschutz **01** 351 und **03** 38 ff.

2. Der Kaufmann hat die Pflicht, seine eingetragene Firma unverändert im Handelsverkehre zu führen. Der Registerrichter hat darauf zu achten, daß der Kaufmann stets die gewählte Firma gebraucht, und hat bei Zuwiderhandlungen auf Grund des § 37 HGB. einzuschreiten. Zweifellos gehört auch gerade die Kundgebung des Geschäftsinhabers auf dem Ladenschilde und in Zeitungsanzeigen zu dem Handelsverkehr, in welchem der Kaufmann unter seiner Firma auftreten soll. OLG. **9** 246, ZBlFrG. **5** 334 (KG.).

3. Der Kaufmann kann sich aus eigenem Rechte nur einer und derselben Firma bedienen. Läßt er einerseits den Namen des Geschäftsvorgängers, der insoweit mit dem seinigen übereinstimmt, daß er ihn aus eigenem Rechte als Firma zu führen berechtigt wäre, an seinem Hause stehen, oder bringt ihn auch neu daran an, bedient sich aber anderseits bei geschäftlichen Unterschriften und geschäftlichen Mitteilungen des eigenen Namens in anderer Zusammensetzung, so muß die Annahme, daß der ersteren Handlung die Absicht der Firmenführung zugrunde liegt, für widerlegt erachtet werden, und es kann dann nur ein für die Geschäftskunden berechneter, rechtlich bedeutungsloser Hinweis auf den früheren Inhaber des Geschäfts darin erblickt werden. **RG.** Holdheims MSchr. **04** 228, Gruchots Beitr. **48** 621.

4. Die Firma im Grundbuchverkehr (vgl. IDR. **2** § 17 Nr. 8).

a) Die Eintragung einer Hypothek auf die Firma eines Einzelkaufmanns ist unzulässig. OLG. Karlsruhe, Puchelts Z. **35** 77; vgl. IDR. **2** § 17 Nr. 8.

b) Die Firma der Zweigniederlassung im Grundbuchverkehr.

Weicht bei einer Aktiengesellschaft die Firma der Zweigniederlassung von der Firma der Hauptniederlassung ab, so führt die Gesellschaft zwei verschiedene Firmen, von denen eine so rechtmäßig und zulässig ist, wie die andere. Insbesondere wird die Gesellschaft durch den Gebrauch einer jeden dieser beiden Firmen als die berechtigte ausgewiesen. Um zu verlangen, daß die Gesellschaft im Grundbuch als Berechtigte unter der Firma der Hauptniederlassung eingetragen werde, fehlt es an jeder gesetzlichen Grundlage . . . Die Eintragung unter der Firma der Zweigniederlassung erscheint auch von praktischer Bedeutung, weil die Prokuristen, welche unter Beschränkung auf den Betrieb der Zweigniederlassung bestellt sind, sonst nicht über die fraglichen Rechte verfügen können (HGB. § 50[3]). OLG. **9** 351, SächsOLG. **25** 156, Holdheims MSchr. **04** 22, ZBlFrG. **4** 414 (Dresden).

Dagegen führt das KG., OLG. **9** 351, 352, Holdheims MSchr. **04** 22 und ebenso das BayObLG., ZBlFrG. **5** 183, aus: Bei einer Hypothek, die für eine Aktiengesellschaft eingetragen oder umgeschrieben wird, ist als Gläubiger die Gesellschaft mit der Firma der Hauptniederlassung selbst dann einzutragen, wenn die Hypothek von der Gesellschaft im Betrieb ihrer besonders firmierenden Zweigniederlassung erworben und nach der inneren Verfassung oder sonstwie zur Verwaltung dieser Zweigniederlassung überlassen worden ist. Diese führt kein selbständiges Rechtsdasein, kann also auch nicht als eine besondere Gläubigerin für eine in ihrem Betriebe für die Aktiengesellschaft erworbene Post eingetragen werden.

Wohl aber ist bei der Eintragung einer Hypothek für eine AG. neben der Angabe der Hauptfirma ein Hinweis auf die — einer besonderen Firma entbehrende — Zweigniederlassung zulässig, zu deren Vermögensbestand die Hypothek gehören soll. KG., Holdheims MSchr. **04** 182, ZBlFrG. **5** 433, RIA. **4** 224.

§ 18. Abs. 1. 1. Der Familienname kann in die Firma eines Einzelkaufmanns nur in der Form aufgenommen werden, wie der Firmeninhaber ihn nach den Gesetzen des Staates, dem das Registergericht angehört, führen darf. KG., KGJ. **27** A 64, ZBlFrG. **4** 856.

2. Abs. 1 verlangt nur die Beifügung mindestens eines ausgeschriebenen Vornamens zu dem Familiennamen, besagt aber nicht, daß der Rufname stets in die Firma aufgenommen werden müsse. **RG.** Holdheims MSchr. **04** 228.

Abs. 2. 1. Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, ein Geschäft unter Benutzung seines Namens als Firma, in Wahrheit aber für Rechnung des anderen Teiles und als dessen Vertreter zu führen, ist nicht nichtig; die Geschäftsführung selbst und das dadurch zwischen den Parteien begründete Rechtsverhältnis wird dadurch, daß die Firma ungesetzlich ist, nicht berührt. **RG.** SächsA. **14** 47, R. **04** 23, Holdheims MSchr. **04** 49, BankA. **3** 132.

2. § 18 Abs. 2 ist dahin zu verstehen, daß der Zusatz an sich, so wie er lautet, ohne Rücksicht auf bestehende Verhältnisse und Umstände, auf die der Zusatz nach seinem Wortlaute nicht hinweist, eine Täuschung der in Rede stehenden Art zu erregen geeignet sein muß. Ein Zusatz, der nicht nach seinem Wortlaut, aber nach den bestehenden örtlichen Verhältnissen in den mit diesen mehr oder weniger bekannten Personen eine Täuschung über die Verhältnisse des Geschäftsinhabers hervorzurufen geeignet ist, stellt sich noch nicht als nach § 18 Abs. 2 unzulässig dar (Bahnhof-Eisenbahnhotel mit Rücksicht auf ein früher am Orte befindliches Eisenbahnhotel). OLG. Stuttgart, RJA. **4** 215, ZBlFrG. **5** 426.

3. Die neugegründete Firma „C. Z. Söhne" verstößt gegen § 18 Abs. 2, denn sie erweckt öffentlich den Anschein, als ob sie urspüglich C. Z. geheißen hat und der Zusatz „Söhne" ein Rechtsnachfolgeverhältnis bedeuten soll. Sie ist deshalb geeignet, eine Täuschung über die Art des Geschäfts herbeizuführen, indem sie es als ein altbegründetes erscheinen läßt und die Tatsache, daß es ein von den derzeitigen Inhabern ins Leben gerufenes ist, verdunkelt. § 18 ist gemäß § 6 auch auf offene Handelsgesellschaften anwendbar. KG., OLG. **9** 241, KGJ. **28** A 39, ZBlFrG. **5** 334 (vgl. u. § 19 Nr. 1).

4. Die Brüder Achille und Constantin Kyriazi durften in Berlin die Firma „Kyriazi frères" begründen und eintragen lassen, ohngeachtet die gleichnamige Firma in Kairo bestand und sie ihre Firma gewählt haben mögen, um jener bekannten Firma der Zigarettenbranche erfolgreich Konkurrenz zu machen. War der Gebrauch der Firma an sich ein befugter, so stand auch der Bezeichnung ihrer Fabrikate nach dieser Firma die Tatsache nicht entgegen, daß der Name dieser Firma für die Kairoer Firma als Wortzeichen eingetragen war. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. 104; bestätigt **RG.** HansGerZ. **04** Hauptbl. 312.

§ 19. Die Firma einer neu gegründeten offenen Handelsgesellschaft widerstreitet der Bestimmung des § 19, wenn sie „C. Z. Söhne" lautet. Es fehlt der Name eines der Inhaber der Firma, dieser kann nicht durch den Namen seines Vaters ersetzt werden. KG., OLG. **9** 241, KGJ. **28** A 39, ZBlFrG. **5** 334 (vgl. o. § 18 Abs. 2 Nr. 3).

§ 20. Vgl. JDR. **2** § 20.

§ 21. Vgl. JDR. **2** § 21.

§ 22. 1. Bei dem Verkauf eines Geschäfts mit Firma ohne Aktiven und Passiven ist festzustellen, ob und welche von der Übertragung nicht ausgenommenen Geschäftsbestandteile vorhanden waren und ob die Übertragung dieser konkreten Bestandteile, wenn sie angenommen wird, mit dem Begriffe der Übertragung des bestehenden Handelsgeschäfts im Sinne der §§ 22, 23 noch vereinbar erscheine. Nur wenn dies zu bejahen ist, wäre der Vertrag auch ge-

eignet, das Recht auf ein eingetragenes Warenzeichen mit zu übertragen. **RG.** JW. **04** 99, ZBlFrG. **4** 727.

2. Wenn jemand ein bestehendes Handelsgeschäft erwirbt, so genügt zu seiner Befugnis, die bisherige Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes zu führen, die bloße Einwilligung des bisherigen Geschäftsinhabers nicht. Es ist vielmehr außerdem noch erforderlich, daß das Geschäft, für das die Firma bisher geführt worden ist, fortgesetzt wird. KG., ZBlFrG. **5** 322.

3. Die bisherige Firma.

a) Dem Erwerber eines Handelsgeschäfts kann von dem Veräußerer nicht das Recht eingeräumt werden, mit dem Geschäft eine Firma zu übernehmen, die der Veräußerer hätte führen dürfen, aber nicht geführt hat. **RG.** Holdheims MSchr. **04** 228, R. **04** 579, ZBlFrG. **5** 391, Gruchots Beitr. **48** 261.

b) Die Veränderung einer übernommenen Firma durch die nachträgliche Beifügung eines anderen, als eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes ist unzulässig, auch wenn der bisherige Geschäftsinhaber in diese Beifügung willigt. OLG. Rostock, RJA. **4** 158, ZBlFrG. **5** 100, MecklZ. **23** 13.

c) Wer vor dem 1. Januar 1900 eine Firma erworben hat, die nur einen abgekürzten Vornamen des ursprünglichen Inhabers enthält, ist, falls die Firma nicht an diesem Tage ins Handelsregister eingetragen war, nicht berechtigt, sie unverändert oder unter Ausschreibung des Vornamens weiterzuführen; die Einwilligung des ursprünglichen Inhabers oder seiner Erben in die Ausschreibung des Vornamens ist wirkungslos. KG., KGJ. **27** A 216, ZBlFrG. **5** 63, RJA. **4** 105.

§ 23. 1. „Der Erwerb eines Handelsgeschäfts" liegt nicht vor, wenn nur die Veräußerung eines einzelnen Geschäftszweiges stattfindet, während das alte Geschäft fortgeführt wird. Der Erwerber darf daher in einem solchen Falle die bisherige Firma selbst mit Zustimmung des Veräußerers nicht annehmen und weiterführen, weil es an einer „Veräußerung des Handelsgeschäfts, für welches die Firma geführt wird", fehlt. **RG. 56** 187, ZBlFrG. **4** 799.

2. Erstreckt sich das Veräußerungsgeschäft bloß auf einen einzelnen Geschäftszweig, so kann der Erwerber — weder ohne noch mit Zustimmung des Veräußerers — die Firma seinerseits nicht annehmen und fortführen. „Das Handelsgeschäft, für welches die Firma geführt wird" (§ 23), hat er nicht erworben. **RG. 56** 187, ZBlFrG. **4** 799.

3. Voraussetzung der Zulässigkeit des Überganges einer Firma ist der Übergang des Handelsgeschäfts, worunter der Inbegriff aller Rechtsverhältnisse zu verstehen ist, welche mit dem Betriebe des Handelsgewerbes in Beziehung stehen. Werden in dem Vertrage, durch welchen ein Handelsgeschäft übertragen und die Fortführung der Firma bewilligt wird, einzelne Bestandteile ausgenommen, wird insbesondere der Übergang der Aktiva und Passiva ausgeschlossen, so bedarf es der Entscheidung, ob und welche von der Übertragung nicht ausgenommenen Geschäftsbestandteile vorhanden waren und ob die Übertragung dieser konkreten Bestandteile mit dem Begriffe der Übertragung des bestehenden Handelsgeschäfts i. S. der §§ 22, 23 noch vereinbar erscheint. **RG.** R. **04** 109.

§ 24. Vgl. JDR. 2 § 24.

§ 25. Abs. 1. 1. Zum Erwerb eines Handelsgeschäfts im Sinne des § 25 reicht es aus, wenn es in seinen wesentlichen Grundlagen übergeht. Das Ausscheiden einzelner vom Vorgänger geführter Artikel übt keinen Einfluß auf den Übergang aus. OLG. Posen, SeuffA. **59** 414, PosMschr. **04** 109, ZBlFrG. **5** 222.

2. Eine Hypothek gehört im Zweifel nicht zu denjenigen Forderungen, die bei der Veräußerung eines Handelsgeschäfts ohne weiteres als mitveräußert gelten. Eine solche stillschweigende Mitveräußerung kann sich nur auf geschäft-

liche Forderungen, d. h. auf die im Handelsbetriebe begründeten Forderungen erstrecken. Da eine für eine Handelsfirma eingetragene Hypothek an sich noch nicht zu diesen Forderungen gehört, so muß, wenn sie bei der Veräußerung des Handelsgeschäfts mitübergehen soll, dies ausdrücklich vereinbart werden. LG. Oels, BreslAK. **04** 5, ZBlFrG. **4** 799.

3. Unter den im Abs. 1 genannten „im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten" und unter dem gleichbedeutenden Ausdrucke „Geschäftsverbindlichkeiten" im Abs. 3 werden Verpflichtungen verstanden, die mit dem Geschäftsbetrieb in einer solchen engen, inneren Verbindung stehen, daß sie als eine Folge dieses Geschäftsbetriebes erscheinen. Diese Kennzeichnung trifft auch auf die Verbindlichkeit zu, bestimmte in der Firma enthaltene Worte durch andere zu ersetzen. **RG. 58** 21, JW. **04** 214.

4. Wer das Geschäft einer aus Minderkaufleuten bestehenden Gesellschaft, die nach außen als offene Handelsgesellschaft anzusehen ist, mit deren Firma zur Fortführung übernommen hat, hat dadurch in rechtsverbindlicher Weise zum Ausdrucke gebracht, daß er in die Gesamtheit der für den Geschäftsbetrieb begründeten Rechte und Verbindlichkeiten eintreten wolle. Die für Vollkaufleute durch die Vorschrift im § 25 ausdrücklich ausgesprochene Bestimmung gilt für Minderkaufleute mindestens dann, wenn sie sich einer Firma, auch einer nicht eingetragenen, bedienen. Denn sie erklären dadurch, daß sie als Vollkaufleute behandelt werden wollen, und diese Erklärung müssen sie gegen sich gelten lassen. OLG. Dresden, SächsA. **14** 583; gleicher Ansicht Staub Anm. 6 zu § 25, Goldmann 102.

Dagegen wendet sich das **RG. 55** 83 mit folgenden Ausführungen: Die Anwendung des § 25 hat zur wesentlichen Voraussetzung, daß es sich um das Handelsgeschäft eines Kaufmanns handelt, der nicht zu den Minderkaufleuten des § 4 gehört. Der Name, unter dem der Minderkaufmann seine Geschäfte betreibt, ist keine Firma; gewiß nicht, wenn er sich hierzu, wozu er allein berechtigt ist, nur seines bürgerlichen Namens bedient; aber auch nicht, wenn er sein Geschäft unter einem fremden, ihm nicht zustehenden Namen betreibt. Nur wenn der Name, unter dem der Minderkaufmann seine Geschäfte betreibt, ins Handelsregister eingetragen sein sollte, greift die Vorschrift des § 5 Platz, wonach nunmehr nicht geltend gemacht werden kann, daß die Firma nicht eintragungsfähig gewesen sei, weil das Geschäft zum Kleingewerbe gehöre. Dagegen kennt das Handelsgesetzbuch den Satz nicht, daß jeder Minderkaufmann, der für sein Geschäft einen ihm nicht zustehenden Namen führt und dadurch den Anschein einer Firmenführung hervorruft, allgemein oder doch Dritten gegenüber als Vollkaufmann gelte. Übereinstimmend mit dem RG. das OLG. Posen, SeuffA. **59** 414; PosMschr. **04** 109 und Lehmann-Ring I 89, Düringer-Hachenburg I 55, Makower I 57.

5. Bei Übertragung eines Handelsgeschäfts mit Aktiven und Passiven bleibt der bisherige Geschäftsinhaber neben dem Erwerber für den Kaufpreis solcher Waren verhaftet, die er während seiner Inhaberschaft auf Kredit bestellt hat, die jedoch erst seinem Nachfolger geliefert worden sind. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** 139.

Abs. 2.

1. Die Frage, ob gegenüber dem Erwerb eines Handelsgeschäfts aus der Hand des Konkursverwalters ein Konkursgläubiger sich darauf berufen dürfe, daß der Erwerber für die im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des Kridars hafte, weil die Voraussetzungen nicht gegeben seien, unter welchen eine abweichende Vereinbarung nach Abs. 2 daselbst Dritten gegenüber wirksam sei, verneint das RG. unbedingt. Die Stellung, welche einerseits die Konkurs-

gläubiger, andererseits der Konkursverwalter innerhalb des Konkursverfahrens einnehmen, ergibt ohne weiteres, daß hinsichtlich der vom Konkursverwalter vorgenommenen Veräußerung des zur Konkursmasse gehörigen Handelsgeschäfts der Konkursgläubiger nicht ein Dritter im Sinne des Abs. 2 des § 25 sein kann. **RG.** 58 166, JW. **04** 417.

2. Um bei der Übernahme eines Handelsgeschäfts die Haftung des Übernehmers für die bisherigen Geschäftsschulden auszuschließen, brauchen die hierfür nach § 25 Abs. 2 erforderlichen Voraussetzungen (Eintragung der betreffenden Vereinbarung im Handelsregister und Bekanntmachung bzw. Mitteilung an die Gläubiger) nicht schon in dem Augenblick, in welchem die Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma beginnt, vorhanden zu sein, es genügt, wenn die Ausführung dieser Maßnahmen sich jenem Zeitpunkt unverzüglich anschließt. **RG.** Holdheims MSchr. **04** 48, JW. **04** 8, DJZ. **04** 219, BankA. **3** 114, SeuffA. **59** 196, R. **04** 197, Gruchots Beitr. **48** 1002, ZBlFrG. **4** 638. S. A. Staub Anm. 17, Düringer und Hachenburg 118, Lehmann-Ring § 25 Note 9, Wolff, Goldschmidts Z. **47** 261. A. A. Cohn, Gruchots Beitr. **42** 52.

3. Die Vereinbarung, daß derjenige, der ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortführt, für die Geschäftsschulden des früheren Geschäftsinhabers nicht haften soll, hat gegen Dritte nur dann Wirksamkeit, wenn entweder die Vereinbarung in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht ist, oder wenn sie den Dritten vom Erwerber oder Veräußerer selbst mitgeteilt ist. Der Umstand, daß die Geschäftsgläubiger auf andere Weise von jener Vereinbarung Kenntnis erlangt haben, befreit den Erwerber von der Schuldenhaft nicht. § 15 Abs. 1 HGB. findet also in diesem Falle (§ 25 Abs. 2) keine Anwendung. Wer mit der Einziehung einer Forderung beauftragt ist, ist als ermächtigt anzusehen, die Mitteilung über eine solche Vereinbarung entgegenzunehmen. **RG.** Holdheims MSchr. **04** 103, R. **04** 256; vgl. JDR. **2** § 25 Abs. 2, Nr. 2, 3.

§ 26. Vgl. JDR. **2** § 26.

§ 27. 1. Geht das Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns durch Erbgang auf mehrere Miterben über, so können sie das Geschäft unter der bisherigen Firma fortsetzen, ohne daß sie gezwungen sind, eine offene Handelsgesellschaft zu bilden. KG., SeuffA. **59** 103, BankA. **3** 132. ➵ Diese Entscheidung ist nicht unbedenklich. Wie sollen mehrere Personen ein Handelsgeschäft gemeinsam betreiben, wenn nicht in der Form einer Handelsgesellschaft? Wie soll sich die Haftung der mehreren Miterben gestalten, wenn sie das Geschäft fortführen, ohne eine offene Handelsgesellschaft zu bilden? (Red.) ⇜

2. Schulteß, Die Schuldenzahlung der Erben nach § 27 HGB. geht von dem Gedanken aus, der § 27 begründe keine selbständige und neben die erbrechtliche Haftung tretende Verbindlichkeit des Erben, sondern er enthalte nur eine Änderung der erbrechtlichen Haftung. Die grundsätzlich beschränkbare Haftung des Erben erleide im Falle des § 27 eine Änderung dahin, daß die Beschränkbarkeit nicht nur in den vom Bürgerlichen Gesetzbuche vorgesehenen Fällen, sondern auch bei Fortführung des Geschäfts unter der alten Firma fortfalle: Der Erbe hafte im Falle des § 27 also „unbeschränkbar“. Der § 27 sei eine mit dem § 25 in keinem inneren Zusammenhange stehende Sonderbestimmung, und deshalb komme der nicht ausdrücklich für entsprechend anwendbar erklärte § 25 Abs. 2 für die Haftung des Erben nicht in Betracht (32). Der Erbe habe also nicht die Möglichkeit, durch Kundmachung an die Gläubiger oder durch eine Eintragung in das Handelsregister die Folgen des § 27 abzuwenden; auch müsse, um den Ausschluß der Haftung nach § 27 Abs. 2 zu erreichen, dem Wortlaute dieser Be-

stimmung entsprechend, nicht nur die Fortführung der Firma, sondern die Fortführung des Handelsgeschäfts als solches eingestellt, der Betrieb selbst aufgegeben werden. Vgl. die Meinungen pro und contra über diese Frage JDR. **2** § 27.

Schulteß 19 erachtet die Ansicht Staubs (I 150, JDR. **2** § 27 Nr. 7), daß die Fortführung des Geschäfts ohne die bisherige Firma eine deutliche Erklärung der Annahme der Erbschaft enthalte, für zu weitgehend.

Der Annahmewille braucht s. E. darin durchaus nicht zu liegen, dies trifft höchstens dann zu, wenn der Erbe ohne besonderen Grund eine neue Firma annimmt; denn dies würde mehr als eine bloße Verwaltungshandlung sein. Zweifelhaft kann es sein, ob der Erbe eine neue Firma annimmt, wenn er ihr seinen mit dem Namen des Erblassers gleichlautenden Namen gibt. Entscheiden müssen in einem solchen Falle in erster Linie praktische Argumente. Die Verkehrsanschauung wird diesen Fall als Fortführung unter alter Firma ansehen.

Zur Einstellung der Fortführung des Geschäfts gehört Einstellung des Betriebs. Das Geschäft muß aufgelöst werden. Anders Düringer-Hachenburg I 126 VIII u. Bolte Goldschmidts Z. **51** 447.

Bei mehreren Miterben kann die Einstellung der Fortführung durch Majoritätsbeschluß herbeigeführt werden. Ist ein solcher Beschluß nicht zu erreichen, dann kann jeder Miterbe beantragen, daß eingestellt werde (§ 754 Abs. 2 BGB.). Schulteß 41/43.

3. Die Wohltat des Abs. 2 kommt dem Erben nur dann zugute, wenn er den Geschäftsbetrieb einstellt. Dagegen ist die Übertragung des Geschäfts mit Firma auf einen Dritten nur geeignet, der Annahme der Kontiunität der alten Geschäftsbeziehungen Vorschub zu leisten. Durch diese Handlung macht sich der Erbe im bejahenden Sinne „über die endgültige Fortführung der Firma schlüssig". Denn nach außen wird in bezug auf den Fortbestand der alten Geschäftsbeziehungen zu Dritten derselbe Eindruck erweckt, ob er Geschäft und Firma selbst fortführt oder durch einen Dritten fortführen läßt **RG. 56** 196, JW. **04** 100. In demselben Sinne wird die Frage entschieden von Staub § 27 Nr. 24; Cosak § 14 V Anm. 38b; Lehmann-Ring § 27 Nr. 5; Schulteß 31; a. M. Düringer und Hachenburg I 126; Goldmann § 27 Anm. 2 IV; Bolte, Goldschmidts Z. **51** 447.

§ 28. Vgl. JDR. **2** § 28.

§ 29. 1. Die Eintragung eines Hofprädikats als Teiles der Firma im Handelsregister und die Pflicht des Geschäftsinhabers, die Firma am Laden anzubringen, stehen der Befugnis der Polizei, den uberechtigten Gebrauch des Hofprädikats zu verbieten, nicht entgegen. PrOVG. **43** 305, ZBlFrG. **4** 799.

2. Zur Anmeldung der Firma eines verpachteten Handelsgeschäfts ist nicht der Verpächter, sondern der Pächter verpflichtet. Feder, DJZ. **04** 118.

§ 30. Der Schutz, den die Firma gewährt, ist territorial beschränkt. Die Synonymität mehrerer an verschiedenen Orten bestehender Firmen führt in der Praxis vielfach zu schweren Unzuträglichkeiten, und gewährt unlauterem Wettbewerb oft ein willkommenes Mittel. Vorschläge zu einer Reform des Gesetzes finden sich bei Wassermann, UnlW. **1** 166/168; ders., GewRschutz **6** 351 ff., **8** 37 ff.; vgl. dazu auch Marcus, Wassermann, Jacobi, JDR. **2** § 30 Nr. 6; vgl. ausführliche Noten zu § 30 JDR. 2.

§ 31. 1. Wann eine Firma erlischt, ist im HGB. nicht ausdrücklich gesagt. Ein Erlöschen tritt aber nicht schon dann ein, wenn das Rechtssubjekt, welches sie bisher geführt hat, zu existieren aufhört, sondern erst dann, wenn das Geschäft selbst, für das sie geführt wird, erlischt oder wenn der Rechtsnachfolger im Geschäfte sie nicht fortführt. OLG. **9** 246 (KG.); vgl. auch JDR. **2** § 31 Nr. 5.

2. Geht die Firma eines Einzelkaufmanns, einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf eine Handelsgesellschaft anderer Art oder auf eine juristische Person über, so ist im Handelsregister nicht das Erlöschen der Firma, sondern nur die Löschung mit dem im § 31 der AVf. v. 7. 11. 99 vorgeschriebenen Hinweis einzutragen. KG., KGBl. **04** 83.

3. Auf Minderkaufleute finden die Bestimmungen der §§ 15, 31 zwar keine Anwendung. Aber zufolge der Grundsätze von Treu und Glauben ist die Haftbarkeit auch der Minderkaufleute aus Rechtsgeschäften nicht zu bezweifeln, die ein neuer, das Geschäft unter Zustimmung des Vorgängers auf dessen Namen weiterführender Inhaber mit dritten Personen abschließt, denen die Veränderung in der Person des Besitzers nicht durch Registereintrag kundgetan oder sonst bekannt ist. OLG. Karlsruhe, R. **04** 256, BadRpr. **04** 49.

4. Ist die Firma einer offenen Handelsgesellschaft versehentlich ohne Antrag der Gesellschafter gelöscht, so hat trotzdem die Beseitigung der Löschung durch Eintragung eines Vermerkes zu unterbleiben, wenn feststeht, daß zur Zeit der Löschung die Firma tatsächlich erloschen war.

Die versehentliche Löschung der Firma im Register hat nicht das Erlöschen einer tatsächlich noch bestehenden Firma zur Folge. KG., KGJ. **28** A 42.

§ 34. Wenn Änderungen der gemäß § 33 einzutragenden und eingetragenen Tatsachen angemeldet werden, z. B. Neuwahl des Vorstandes, so hat das Registergericht in eine Nachprüfung der Gültigkeit der Wahl einzutreten. OLG. **8** 254 und 382, SächsOLG. **25** 341, ZBlFrG. **4** 638 (Dresden).

§ 36. Vgl. JDR. **2** § 36.

§ 37. 1. Ein Recht auf Führung einer der Vorschrift des § 18 Abs. 2 widersprechenden Firma kann niemals erworben werden. Deshalb ist eine Firmenführung objektiv unstatthaft, wenn in die deutsche Firma auch eine solche ausländische Firma hineingenommen wird, welche keinen Schutz im Deutschen Reiche genießt. Der verletzten Firma steht das subjektive Klagerecht aus Abs. 2 zu mit Inkrafttreten der Pariser Konvention vom 1. 5. 03 zum Schutze des gewerblichen Eigentums (Art. 8 dieser Konvention). **RG.** JW. **04** 365.

2. Die Voraussetzungen des Abs. 2 sind gegeben, wenn ein an sich mit Recht geführter Name in der Absicht gebraucht wird, Verwechselungen mit einer anderen ähnlich lautenden Firma hervorzurufen. OLG. Dresden, SächsA. **14** 249.

3. Streiten zwei Kaufleute darüber, wer von ihnen berechtigt sei, eine bestimmte Handelsfirma zu führen, und ergibt sich, daß keine der beiden Parteien zur Führung der Firma befugt ist, so ist die Konsequenz, daß keine der Parteien die andere an der Führung der betreffenden Firma hindern kann; denn Voraussetzung des Abs. 2 ist, daß der Petent in seinen „Rechten" verletzt wurde. **RG.** SächsA. **14** 575, ZBlFrG. **5** 222.

4. Die Worte, welche den „unbefugten Gebrauch" gemäß Abs. 2 involvieren sollen, müssen in der Firma selbst enthalten sein, es genügt nicht, daß sie als Beisatz in Ankündigungen in einer mit dem Wesen der Firmierung unvereinbaren Weise verwendet werden. OLG. Dresden, SächsA. **14** 730; vgl. auch JDR. **2** § 37 Abs. 2 Nr. 3.

5. Eine Beeinträchtigung eines Firmenrechts liegt nicht vor, wenn die angeblich diese Beeinträchtigung enthaltenden Worte nur einen — dem Namen des Geschäftsinhabers vorangestellten — Zusatz zu Klägers Firma darstellen und deshalb nur als ein untrennbares Ganzes mit diesem Namen, nicht aber für sich allein Schutz genießen und der Kläger durch Aufnahme jener Bezeichnung in seine Firma kein Recht auf ausschließlichen Gebrauch des Beisatzes erworben hat. OLG. Dresden, SächsA. **14** 731.

6. Der unbefugte Gebrauch einer Firma kann von einem firmenpflichtigen

Kaufmann auch gegen einen Kleingewerbetreibenden im Wege des § 37 Abs. 2 verfolgt werden, dagegen kann der Kleingewerbetreibende gegen einen firmenpflichtigen Kaufmann nur im Wege des § 37 Abs. 1 die Einhaltung der Bestimmungen des § 18 erreichen. OLG. Breslau, R. **04** 171.

7. Die Geltendmachung berechtigter Interessen nach § 37 Abs. 2 ist nur für den Fall vorgeschrieben, daß die Verletzung von Vorschriften über das Firmenrecht in Frage steht; die Bestimmung des HGB. hindert aber nicht, wenn durch die Firmenbezeichnung andere, als firmenrechtliche Interessen, seien sie privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur, geschädigt sind, diese auf dem hierfür besonders vorgeschriebenen Wege zu verfolgen, schließt insbesondere nicht aus, den Schutz der öffentlichen Interessen durch polizeiliche Anordnungen und Maßnahmen herbeizuführen. In dem unbefugten Gebrauche des Hofprädikats und der entsprechenden Aufschrift an dem Geschäftshause liegt ein rechtswidriger Zustand, es ist der Tatbestand des RStGB. § 360 Abs. 1 Ziff. 8 als gegeben anzusehen, da das Hofprädikat unter den Begriff des Titels einzureihen ist. BadVerwGerH., BadRpr. **04** 273; vgl. JDR. **2** § 37 Nr. 10.

Vierter Abschnitt. Handelsbücher.

§ 38. Vgl. JDR. **2** § 38.

§ 39. Vgl. JDR. **2** § 39.

§ 40. 1. Das HGB. verlangt in §§ 39 und 40 nur eine gehörige Sonderung der vorhandenen Vermögensgegenstände ihrer Art und ihrem Werte nach und will nur eine ganz allgemein gehaltene summarische Zusammenfassung der angeblich in Betracht kommenden Aktiva in einer Gesamtsumme vermieden wissen. Es verlangt nicht, daß die Bilanz ausdrücklich das Nichtvorhandensein von Grundstücken durch Aufnahme einer Vakatanzeige in die Bilanz zur Kenntnis bringe. Nur diejenigen Vermögensstücke, die wirklich vorhanden sind, müssen (gesondert nach § 39) in die Bilanz aufgenommen werden. ZfAktG. **11** 186, OLG. **8** 261, ZBlFrG. **4** 800 (KG.).

2. Es würde dem Grundsatze der Bilanzwahrheit widersprechen, wenn der Kaufmann als Belohnung für seine eigene Erfindertätigkeit irgend eine fiktive Summe als Wert des Patents unter die Aktiva einstellen wollte. Da bei der doppelten Buchführung jedem Haben-Posten ein Soll-Posten gegenüberstehen muß, so würde bei einer in dieser Weise aufgemachten Bilanz das neue Aktivum unmittelbar das Kredit des Gewinn- und Verlust-Kontos vermehren und sich als Reingewinn darstellen. Wer ein Patent kauft, darf den Kaufpreis in die Bilanz einstellen, der Erfinder selbst darf aber nur seine Auslagen für Versuche, Modelle, Kosten, Gebühren und ähnliches als Aktivum einstellen. **RG.**, ZfAktG. **11** 261.

§ 43. Vgl. JDR. **2** § 43.

§ 45. 1. Die Vorschrift des § 45 will nicht dem Prozeßgegner Gelegenheit geben, sich durch Durchmusterung der Bücher Unterlagen für neue Behauptungen zu verschaffen, sie darf deshalb z. B. auch nicht dazu angewendet werden, die dem Handlungsagenten im § 91 gewährten Rechte zu erweitern (vgl. bei § 91 Nr. 1). OLG. Dresden, SächsA. **14** 108.

2. Der Bürge hat für den Beweis der Zahlung des Hauptschuldners Anspruch auf Vorlegung der Handelsbücher des Gläubigers. **RG. 56** 109.

3. Von einem Minderkaufmann oder Handwerker kann die Vorlegung seiner Bücher auf Grund des § 45 nicht verlangt werden. **RG.** SeuffA. **59** 81, JW. **04** 421, vgl. JDR. **2** § 45 Nr. 1.

4. *Siegel, Die Vorlegung von Urkunden im Prozesse, Jena 1904 (98 bis 100), ist gegen Staub (§ 45 Erl. 5) und anderen der Ansicht, daß § 45

auch in Sachen Anwendung finden kann, die keine Handelssachen sind. Denn er gibt nicht eine Norm des materiellen Handelsrechts, sondern eine prozessuale und unterscheidet sich von § 47, nach welchem auch Handelsbücher in Nichthandelssachen vorzulegen sind, lediglich dadurch, daß die Einsichtnahme nur betreffs des streitigen Punktes geschieht, während nach § 47 eine Offenlegung des gesamten Inhalts angeordnet werden kann.

Bei Nichtvorlegung von Handelsbüchern, deren Vorlegung auf Grund des § 45 angeordnet ist, läßt Huggenberger, Die Pflicht zur Urkundenedition, die Vorschriften des formellen Vorlegungsverfahrens zur Anwendung kommen, d. h. wenn die Partei, der die Vorlegung auferlegt ist, den Besitz bestreitet, oder der Anordnung keine Folge leistet, so läßt er sie den Vorlegungseid des § 426 ZPO. schwören. Diese Ansicht verwirft Siegel 100, die Folge der Nichtvorlegung ist ihm dieselbe, wie bei § 142 ZPO. (freie Beweiswürdigung auch dann, wenn der Betreffende leugnet, Bücher zu besitzen, die er nach den Vorschriften des HGB. (§§ 38 ff.) führen müßte, natürlich mit der Maßgabe, daß die der sich weigernden Partei nachteiligen Schlüsse auch dann statthaft sind, wenn eine Pflicht zur Vorlegung an sich nicht bestände.

§ 47. Nach Siegel 101 enthält § 47, wie § 45, lediglich einen prozessualen Satz, die nach freiem Ermessen auszuübende Befugnis des Gerichts, die Vorlegung anzuordnen, ohne daß die Partei einen Anspruch auf Erlaß der Anordnung hätte, jedoch keineswegs einen materiellen, selbständig im Prozesse durchzusetzenden Anspruch auf Vorlegung. Daran ändert auch nichts die anscheinend abweichende Auffassung der D. z. HGB., die von einem im § 47 anerkannten Anspruch auf Mitteilung der Handelsbücher spricht, der selbständig im Wege der Klage verfolgt werden könne.

Fünfter Abschnitt. Prokura und Handlungsvollmacht.

§ 48. Vgl. IDR. 2 § 48.

§ 49. Wo es sich um ein Wissen von Tatsachen oder um Arglist handelt, ist das Wissen oder die Arglist eines Kollektivvertreters für und gegen die Gesellschaft bzw. den Prinzipal rechtswirksam. OLG. Marienwerder, Pos. Mschr. **7** 142.

§ 50. Vgl. IDR. 2 § 50.

§ 51. Vgl. IDR. 2 § 51.

§ 53. Vgl. IDR. 2 § 53.

§ 54. 1. Die Stellung eines zum Betriebe des Handelsgewerbes ermächtigten Handlungsgehilfen hat der Vormund, dessen Mündel ein Handelsgeschäft besitzt. Durch die Bestellung zum Vormund ist der Vormund auch zum Betriebe des Handelsgewerbs ermächtigt.

Zum Prokuristen darf der Vormund aber nicht seitens des Vormundschaftsgerichts bestellt werden, da dieser einzelne Rechtsgeschäfte selbständig vornehmen darf (z. B. Vergleiche abschließen), zu denen der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Dieses würde ihm aber mit der Bestellung zum Prokuristen mehr Rechte übertragen, als das Gesetz zuläßt. Court, Welche rechtliche Stellung nimmt der Vormund einem Handelsgeschäfte gegenüber ein, das er im Namen des Mündels betreibt? DIZ. **04** 213. (S. o. § 1 Ziff. 1.)

Gegen Court wendet sich Marcus, DIZ. **04** 354, und führt ➳ wohl zutreffend. — Red. ⬻ aus, daß der Berechtigung des Vormundes, alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb des dem Mündel gehörigen Handelsgewerbes mit sich bringe, vorzunehmen, nicht aus § 54, sondern aus seiner gesetzlichen Vertretermacht stamme und daß die Gleichstellung des Vormundes mit dem Handlungs-

gehilfen verfehlt sei. Das Vormundschaftsgericht könne auch dem Vormunde Prokura erteilen, es brauche nur einen Pfleger ad hoc zu bestellen, welcher dem Vormund, unter Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, die Prokura erteilt. Die Bestellung des Vormundes zum Prokuristen erachten auch für zulässig Lehmann-Ring § 1 Nr. 18.

2. Wer in den Geschäftsräumen eines Kaufmanns das Telephon bedient, gilt deshalb Dritten gegenüber noch nicht als ermächtigt, namens seines Prinzipals bindende Erklärungen abzugeben. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** 155, BankA. **3** 156, SeuffA. **59** 198. Die widerstreitenden Ansichten hierüber vgl. JDR. **2** § 54 Nr. 3a.

3. Der Geschäftsführer eines Handelsgewerbes ist, von Notfällen abgesehen, nicht befugt, zum Zwecke der Geschäftsführung ohne besondere Vollmacht Darlehen aufzunehmen. Den Umfang der Vollmacht des Geschäftsführers hat derjenige zu prüfen, der sich mit ihm auf die Abschließung von Rechtsgeschäften einläßt. BayObLG., R. **04** 83.

4. Ein für ein Bergwerksunternehmen abgeschlossener Vertrag, der die Lieferung einer Seilbahn unter Festsetzung der Gegenleistung auf 81000 M. betrifft, kann nicht zu den Geschäften gerechnet werden, die der Betrieb eines derartigen Unternehmens gewöhnlich mit sich bringt, und welche daher von einem Handlungsbevollmächtigten ohne besondere Ermächtigung abgeschlossen werden könnten. **RG.** JW. **04** 475.

§ 55. Vgl. JDR. **2** § 55.

§ 56. Vgl. JDR. **2** § 56.

Sechster Abschnitt. Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge.

Vorbemerkung: Die sog. „Konkurrenzklausel" des § 60 ist zum Gegenstand eingehender theoretischer Erörterungen gemacht worden.

In der Frage, ob auch Abs. 1 des § 63 ius cogens enthalte, hat das LG. I Berlin erfreulicherweise seinen bejahenden Standpunkt beibehalten. Gegen diese Ansicht polemisiert mit neuen Gründen Horrwitz.

Das Recht auf richtiges Dienstzeugnis hat Brückmann (§ 73) untersucht.

Die Praxis hat weitere wertvolle Beiträge zur Auslegung der §§ 74, 75 geliefert.

Literatur: Hahn, Die Spesen der Handlungsreisenden, GewG. **9** 274. — Hartmann, Das gesetzliche Konkurrenzverbot für Handlungsgeschäfte nach altem und neuem HGB. Berlin 1903. — Horrwitz, Das Recht der Handlungsgehilfen (2). Berlin 1905. — Tiedemann, Das gesetzliche Konkurrenzverbot und die Konkurrenzklausel der Handlungsgehilfen. Leipzig 1904.

§ 59. 1. *Horrwitz 12—14. Für das Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge gelten in nachstehender Reihenfolge und derart, daß jede vorstehende Rechtsquelle die nachfolgenden ausschließt:

a) Die zwingenden Vorschriften des HGB.
b) Die örtlichen Handelsverkehrssitten über Art und Umfang der Dienstleistungen sowie über die Vergütung.
c) Die dispositiven Vorschriften des HGB.
d) Die zwingenden Vorschriften des BGB.
e) Die Handelsverkehrssitten, soweit sie nicht unter die der Nr. b fallen.
f) Die Dispositiv-Vorschriften des BGB.

Es kann also eine örtliche Handelsverkehrssitte der Nr. b sich gegen eine zwingende Vorschrift des BGB. rechtswirksam bilden.

2. Der Vertrag der Handlungsgehilfen (vgl. JDR. **2** § 59a).

a) *Horrwitz 22/23. Wer sich als Kaufmann benimmt, ohne es zu sein, wird im Verhältnisse zu seinen kaufmännischen Angestellten die Vorschriften

des Handlungsgehilfenrechts, soweit sie nicht öffentlich-rechtlicher Natur sind, gegen sich gelten lassen müssen. So in Übereinstimmung mit Staub Anm. 9 zu § 59 HGB.

b) Die §§ 59 ff. sind auch dann anwendbar, wenn ein eine kaufmännische Firma führender Nichtkaufmann jemanden zur Besorgung der ihrer Natur nach kaufmännischen Dienste eines Korrespondenten und Kassierers engagiert hat, weil dann anzunehmen ist, daß beide Vertragsteile das Dienstverhältnis durch stillschweigende Vereinbarung als das eines Handlungsgehilfen angesehen wissen wollen. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 14, R. **04** 171.

c) Verbleibt der Handlungsgehilfe bei Wechsel des Prinzipals im Geschäfte, so wird das Dienstverhältnis in jeder Hinsicht als das alte fortgesetzt, u. a. auch mit früher stipulierten Konkurrenzklauseln. *Horrwitz 118 u. 37, im Gegensatze zu OLG. Jena, Goldschmidts 3. **42** 512.

3. Der Begriff „Handlungsgehilfe" (vgl. JDR. **2** § 59b).

a) Ein Versicherungsinspektor, welcher ein festes Mindestgehalt bezieht, ist Handlungsgehilfe. OLG. Colmar, OLG. **9** 248, R. **04** 454.

b) Der Straßenbahnschaffner ist kein Handlungsgehilfe; denn seine wesentliche Tätigkeit, der Verkauf der Fahrscheine, vollzieht sich in so einfacher Form, daß hierzu weder kaufmännische Fähigkeiten oder Kenntnisse noch kaufmännische Übung erforderlich sind. OLG. **9** 249 (KG.).

c) Die Apothekergehilfen sind nicht Handlungsgehilfen, sie leisten zwar auch kaufmännische Dienste, allein die Dienste technischer Art überwiegen. LG. Frankfurt a. O., KGBl. **15** 85.

Übereinstimmend Staub I 245, Cosack 106, Dernburg, PrPrivatrecht II § 193 Anm. 3; abweichend Makower I 110, Goldmann Anm. zu § 59.

d) Der Stundenbuchhalter ist Handlungsgehilfe. Der Umstand, daß er nicht ständig, sondern nur vorübergehend beschäftigt wird, kommt nicht in Betracht. Der § 59 hält eine ständige oder regelmäßige Arbeit des Dienstverpflichteten nicht für erforderlich. Denn immerhin war er Buchhalter und gehörte als solcher in den Organismus des Handelsgewerbes für die Zeit seiner Tätigkeit. LG. I Berlin, DJZ. **04** 952.

e) *Horrwitz 26. Der Volontär ist nicht Handlungsgehilfe, er unterliegt auch nicht den Kündigungsfristen, die für Handlungsgehilfen gelten. Er untersteht den Regeln des Auftragsverhältnisses; jedoch sind, wie Düringer u. Hachenburg Anm. 2 vor § 59 mit Recht annehmen, die §§ 618, 629, 630 BGB. und die §§ 62, 73, 74 HGB. entsprechend anwendbar.

4. Umfang der Dienstleistungen (vgl. JDR. **2** § 59c).

Die Ergebnisse der Erfindertätigkeit des Angestellten kommen dem Prinzipale zugute, wenn der Angestellte einer chemischen Fabrik angestrebte Reaktionen auf Grund eines bekannten Endprodukts und eines bekannten Ausgangsstoffes gesucht und gefunden hat. Wenn aber der Angestellte bei den Versuchen zur Auffindung jener Reaktionen ein Verfahren entdeckt, durch das dasselbe Endprodukt von einem anderen Ausgangsstoff aus hergestellt werden kann, so gebührt die Erfindung ihm. **RG.** SächsA. **14** 625.

5. Die Vergütung des Handlungsgehilfen.

*Horrwitz 68/69. Auf Weihnachtsgeschenke und sonstige Gratifikationen hat der Handlungsgehilfe nicht schon dann Anspruch, wenn sie im Geschäfte des Prinzipals üblich sind, sondern nur dann, wenn sie vertragsgemäß zugesichert sind. Ist in letzterem Falle die Höhe nicht vereinbart, so ist in ortsüblicher, event. angemessener Höhe zu leisten. Besteht kein Anspruch, so sind die gedachten Geschenke und Gratifikationen nicht belohnende, sondern gewöhnliche Schenkungen, können also wie solche widerrufen werden.

6. Der Handlungsreisende (vgl. IDR. 2 59e).

a) *Hahn GewG. 9 274 ff. führt über die Spesen der Handlungsreisenden aus: Bei festen Spesen ist es im allgemeinen Sache des Handlungsreisenden, wie er die Spesen und ob er sie vollständig verwendet. Treten Verhältnisse ein, welche ein Überschreiten des festen Spesensatzes unbedingt notwendig machen, so hat der Prinzipal den außergewöhnlichen Mehrbetrag auch neben den festen Spesen zu vergüten.

Bei den sog. Vertrauensspesen kann der Prinzipal nur eine allgemeine Aufstellung verlangen, damit ihm die Prüfung ermöglicht wird, ob nicht sein Vertrauen gröblich getäuscht werde. Nur wenn begründete Ursache vorhanden ist (z. B. wegen der außergewöhnlichen Höhe der Spesen), die Richtigkeit der Spesen zu bezweifeln, also wenn ein Mißbrauch des Vertrauens zu vermuten ist, kann eine Spezifikation gefordert werden. — Auch für eine sog. Probetour sind Spesen zu zahlen. Auch kann der Reisende, dem die Beibehaltung seines von der Handelsniederlassung der Firma verschiedenen Wohnsitzes gestattet ist, für die sog. Antrittsreise, nämlich wenn er vor Beginn der Tour an den Niederlassungsort berufen wird, Reisespesen verlangen (Gutachten der Ältesten der Berliner Kaufmannschaft 1892 [Textilbranche] und 1902 [allgemein]); vgl. auch Gutachten der Handelskammer Leipzig ohne Datum, Holdheims MSchr. 03 308.

Fallen Sonntage und Feiertage in die Reisezeit, so braucht der Reisende an diesen Tagen — abgesehen von Ausnahmen für einzelne Stunden — weder die Kundschaft zu besuchen noch die Weiterreise anzutreten. Trotzdem verbleibt ihm auch für diese Tage der Anspruch auf die Reisespesen. Nach einem Gutachten der Handelskammer Leipzig sollen diese fortfallen, wenn der Reisende sich über Sonntag nach Hause begibt oder „sich leicht nach Hause begeben kann"; die Ältesten der Kaufmannschaft in Berlin und Entscheidungen Berliner Gerichte schließen sich dem nicht an. — Jeder Reisetag, auch der Anfangs- und Endtag — ist voll für die Spesenberechnung in Ansatz zu bringen, auch wenn er nur zu geringem Teile für die Reise ausgenutzt werden konnte.

Der Reisende hat die Spesen auch dann zu fordern, wenn er durch unverschuldetes Unglück (§ 63 HGB.) oder sonst für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit (§ 616 BGB.) an der Leistung der Dienste (Fortsetzung der Reise, Besuch der Kundschaft) verhindert ist, namentlich auch in Krankheitsfällen, allerdings unter Abzug der Beträge, welche auf die reinen — nicht gemachten — Auslagen für Fahrt und Fracht entfallen würden.

Nach § 614 BGB. ist die Vergütung „stets erst nach der Leistung der Dienste" zu entrichten. Für die Reisespesen hat sich aber aus wirtschaftlichen Rücksichten der entgegengesetzte Handelsbrauch allgemein entwickelt. Der Handlungsreisende hat im Falle ungerechtfertigter Entlassung oder vertragswidriger Zurückhaltung von der Reise Anspruch auf Ersatz nur der sog. Mundspesen, d. h. des zur Deckung seines Unterhalts bestimmten Teiles entgangener Reisespesen.

Sind „feste" Spesen verabredet, so hat der Reisende in diesem Falle auch Ersatz des Gewinns zu verlangen, den er über die Mundspesen hinaus aus den Spesen auf der Reise hätte erzielen können.

b) *Horrwitz 44. Außerhalb der Reisezeit braucht der Handlungsreisende nur solche Dienste zu leisten, die mit der Reisetätigkeit zusammenhängen oder deren Vorbereitung betreffen.

c) Die Frage, ob der Prinzipal verpflichtet sei, den Reisenden auf die Reise zu schicken, muß nach Lage des Einzelfalls auf Grund der für die Vertragsauslegung maßgebenden allgemeinen Rechtssätze unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse und der Geschäftsbranche entschieden werden; der ungebührlicherweise nicht auf die Reise Geschickte hat einen Anspruch auf Ersatz des Ge-

winns, den er aus den Reisespesen und aus Absatzprovisionen hätte erzielen können. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 61.

§ 60. 1. Das Verbot des § 60 richtet sich nicht gegen das verbotswidrig geschlossene Geschäft, sondern untersagt nur die mit der dienstlichen Stellung unvereinbare Tätigkeit des einen Kontrahenten und berechtigt dessen Prinzipal, Schadensersatz zu fordern, oder das Geschäft als für seine Rechnung geschlossen anzusehen. Keineswegs hat das Gesetz, wie aus diesen Rechten des Prinzipals erhellt, einen solchen Vertrag, als gegen die guten Sitten verstoßend, für nichtig, also auch für den nicht unter das Verbot fallenden Kontrahenten für unverbindlich erklären wollen. OLG. Braunschweig, SeuffA. **59** 257.

2. Hartmann (2, 9, 13, 46) führt zu dem sog. Konkurrenzverbot aus: Nach dem alten Handelsgesetzbuche war es dem Handlungsgehilfen verboten, ohne Einwilligung seines Prinzipals für eigene oder für fremde Rechnung Handelsgeschäfte zu machen (Art. 59 Abs. 1). Das neue Handelsgesetzbuch bestimmt infolge der Veränderung des Begriffs des Handelsgeschäfts (vgl. die Artt. 271, 272, 273, mit den §§ 343, 1, 2, 3) sowie in der Erkenntnis, daß die Vorschrift des Art. 59 den Handlungsgehilfen einerseits wirtschaftlich einenge, ohne hierdurch das Geschäftsinteresse des Prinzipals zu fördern, anderseits aber keineswegs daran hindere, dem Prinzipal schädigende Konkurrenz zu machen und ihm Arbeitskraft zu entziehen, daß der Handlungsgehilfe ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen dürfe. Unter „Betreiben" eines Handelsgewerbes versteht Hartmann den Betrieb im eigenen Namen, gleichviel ob durch eigene oder fremde Tätigkeit, und im fremden Namen durch eigene Tätigkeit.

Die Frage, ob das „Eintrittsrecht" des Prinzipals diesem ein unmittelbares Recht gegenüber dem Geschäftsgegner des Handlungsgehilfen gebe, verneint Hartmann 37 ff. in Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht, weil dies eine Durchbrechung verschiedener fundamentaler Rechtsgrundsätze darstellen würde und weil das Gesetz hierfür keinen Anhalt biete.

Ebenso verneint diese Frage Tiedemann 57 ff.

Die Frage, ob und wieweit die Bestimmungen über den Handlungsgehilfenvertrag, insbes. die der §§ 60, 61, auf den Volontär Anwendung finden, bejaht Tiedemann 21 uneingeschränkt.

Hartmann 7 meint, die Frage könne nicht einheitlich entschieden werden, sondern hänge von der Stellung ab, die der Volontär tatsächlich einnehme. Nähere sie sich der des Handlungsgehilfen oder Handlungslehrlings, so dürfte das Konkurrenzverbot analog anzuwenden sein. Ähnlich Goldmann I 276. Staub I 242 und Düringer-Hachenburg I 192 schließen die Vorschriften des Handlungsgehilfenvertrags, welche auf der Entgeltlichkeit beruhen, von der Anwendung auf den Volontär aus.

3. *Horrwitz 56/57. Handelszweig des Prinzipals im Sinne des § 60 Abs. 1 ist nicht dasjenige Handelsgewerbe, welches der Prinzipal tatsächlich betreibt, sondern dasjenige, für welches der Gehilfe engagiert worden ist.

§ 61. Hat der Prinzipal, welcher auf Grund des § 60 vom Handlungsgehilfen Schadensersatz fordern kann, sich diesem gegenüber für eine der Alternativen des § 61 Abs. 1 entschieden, so ist er gemäß § 263 BGB. an die erfolgte Wahl gebunden. OLG. Hamburg, DJZ. **04** 1000; SeuffA. **59** 27; vgl. JDR. **2** § 61 Nr. 1.

§ 62. Vgl. JDR. **2** § 62.

§ 63. 1. Die durch außerehelichen Geschlechtsverkehr erworbene Geschlechtskrankheit gilt als selbstverschuldetes Unglück. OLG. Frankfurt, OLG. 8 95,

R. **04** 171. Dawider ⇝ wohl mit Recht — Red. ⇜ Horrwitz 77: Geschlechtliche Erkrankung schlechthin als auf Verschuldung beruhend angesehen und deshab von der Wohltat des § 63 HGB. ausgeschlossen, wie in der Praxis zumeist geschieht, ist nicht gerechtfertigt. Vgl. auch JDR. **2** § 63 Nr. 1.

2. Zur Beantwortung der Frage, ob dem Handlungsgehilfen auch für die Zeit seiner militärischen Übung ein Gehaltsanspruch zusteht, kann der § 63 nicht herangezogen werden; denn er behandelt nur den Fall, daß der Handlungsgehilfe durch unverschuldetes Unglück an der Leistung der Dienste verhindert wird. Eine militärische Übung kann aber niemals als ein Unglück angesehen werden (s. Staub I 260). Auch eine analoge Anwendung des § 63 auf ähnliche Fälle wie militärische Übungen ist unzulässig, weil es sich bei dieser Bestimmung um eine Sondervorschrift handelt. Es kann nur der § 616 BGB. in Betracht kommen. KG., KGBl. **04** 31; R. **04** 256. (Vgl. das Nähere bei diesem Paragraphen. JDR. **2** und **3** BGB. § 616.)

3. Das LG. I Berlin hat in zwei neuen Entscheidungen (KGBl. **04** 36 und 50) an dem früher von ihm anerkannten Grundsatze (s. JDR. **2** § 63 Nr. 5) festgehalten, daß auch Vereinbarungen, welche gegen Abs. 1 verstoßen, nichtig sind.

Gegen diese Entscheidungen polemisiert *Horrwitz, DJZ. **04** 593, mit dem Argument, daß auch die wirtschaftlich schwachen Prinzipale geschützt werden müssen und daß deshalb von Abs. 1 abweichende Vereinbarungen zugelassen seien. A. a. O. 74 führt er aus:

Die Vorschrift des Abs. 2 des § 63 HGB. ist zwingend, die des Abs. 1 dispositiv. Danach kann der Anspruch auf Gehalt und Unterhalt für die sechs Wochen ganz ausgeschlossen, aber nicht beschränkt werden. Der größere Nachteil ist erlaubt, der kleinere verboten! Der in der Praxis öfters unternommene Versuch, auch den Abs. 1 des § 63 a. a. O. als zwingendes Recht zu betrachten, ist ungerechtfertigt. Die gedachte Verschiedenheit läßt sich übrigens sozialpolitisch rechtfertigen.

4. Vgl. JDR. **2** zu § 616 BGB.

§ 64. Vgl. JDR. **2** § 64.

§ 65. Der commis interessé darf die Handelsbücher des Prinzipals nur in Person einsehen. OLG. 8 95 (Posen).

§ 66. 1. § 66 hat infolge seines ausschließenden Charakters rückwirkende Kraft in bezug auf die vor dem 1. 1. 00 eingegangenen und nach diesem Zeitpunkte noch fortbestehenden Dienstverhältnisse. OLG. Kolmar, DJZ. **04** 415.

2. Ist ein Handlungsgehilfe nur für eine Geschäftsreise engagiert und ist diese vertragsmäßig so festgelegt, daß ihre Dauer sich nach objektiven Momenten bestimmen läßt, so ist das Dienstverhältnis für einen bestimmten Zeitraum abgeschlossen und endet beim Ablaufe dieser Zeit ohne vorherige Kündigung. OLG. Braunschweig, BraunschZ. **51** 113.

§ 67. 1. Auf Handlungsagenten findet § 67 keine Anwendung. OLG. 8 388, R. **04** 339 (Hamburg).

2. Eine Vertragsbestimmung, daß die Kündigung beiderseits mit 3 monatiger Frist erfolgen kann, ist nach § 67 Abs. 2 dahin zu ergänzen, daß sie auch nur zum Schlusse eines Kalendermonats erfolgen darf. Der Umstand, daß dies nicht ausdrücklich aufgenommen ist, läßt die Vereinbarung nicht als einen Verstoß gegen § 67 erscheinen und macht sie nicht nichtig. KG., OLG. 8 96, R. **04** 171.

3. *Horrwitz 122. Bei dem Engagement auf Probe ist die „Probe" nur das Motiv der Anstellung, nicht aber Vertragsgegenstand. Es steht deshalb dem Gehilfen, welcher nachweisen kann, daß die vom Prinzipal abgelehnte Probe zur Zufriedenheit desselben hatte ausfallen müssen, ein Schadensersatzanspruch

gegen den Prinzipal für die in Aussicht genommene spätere definitive Anstellungszeit nicht zu.

§ 68. Unter Gehalt i. S. des § 68 ist in Übereinstimmung mit dem gewöhnlichen Sprachgebrauch nur das bare Gehalt zu verstehen. Für die Anwendbarkeit des § 68 sind nur solche Dienstbezüge in Betracht zu ziehen, deren Höhe von vornherein feststeht, nicht also z. B. die dem Handlungsgehilfen zustehende Umsatzprovision. KG., OLG. **9** 250.

§ 69. Vgl. JDR. **2** § 69.

§ 70. 1. Ein nach § 70 Abs. 1 als wichtig anzuerkennender Grund ist immer gegeben, wenn nach Lage der Umstände dem anderen Teile nicht zugemutet werden kann, das Verhältnis wider seinen Willen fortzusetzen. Daß der erste Teil den Entlassungsgrund schuldhaft herbeigeführt habe, ist nicht Voraussetzung. OLG. **8** 254 (Hamburg).

2. Unter dem „vertragswidrigen Verhalten" des Abs. 2 ist nur ein subjektiv rechtswidriges Verhalten, ein subjektives Verschulden des Beteiligten zu verstehen. OLG. **8** 255 (Hamburg).

3. Der Anspruch des Handlungsgehilfen auf weiteren Lohn bei ungerechtfertigter Entlassung hat nicht das Angebot seiner Dienste zur Voraussetzung. OLG. Kiel, BankA. **3** 133, SeuffA. **59** 163. Ebenso Horrwitz 130/131.

4. Einzelfälle.

a) Die Tatsache eines außerhalb der Geschäftsräume sich abspielenden außerehelichen Geschlechtsverkehrs zwischen einem Handlungsgehilfen und einer Handlungsgehilfin derselben Firma gibt dem Prinzipal kein Recht, ersterem ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen. LG. Görlitz, BreslAK. **04** 27.

b) Benutzt der Handlungsgehilfe die ihm vom Prinzipal überlassene und unmittelbar an die Geschäftsräume anstoßende Wohnung, um darin tagelang eine Prostituierte zu beherbergen, so ist das ein wichtiger Grund zur sofortigen Entlassung. OLG. Darmstadt, HessRspr. **5** 42.

5. Vgl. JDR. **2** zu § 626 BGB. Ziff. 6.

§ 71. Die in den an den Handlungsgehilfen gerichteten Worten des Prinzipals „Sie sind dümmer als ein dummer Junge" liegende Ehrverletzung wurde mit Rücksicht auf die „besonderen Umstände", welche § 71 ausdrücklich vorsieht, nicht als eine solche befunden, welche den Handlungsgehilfen zur fristlosen Kündigung berechtigte. Diese besonderen Umstände wurden in Nachlässigkeit des Handlungsgehilfen an fraglichen und an früheren Tagen und in seinem Widerspruche gegen die berechtigten Vorhaltungen des Prinzipals gefunden. OLG. **9** 251 (Hamburg).

§ 72. 1. Zu Nr. 1; vgl. JDR. **2** § 72.

a) Ein wichtiger Grund, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist dem Inspektor zu kündigen, liegt für eine Versicherungsgesellschaft dann nicht vor, wenn die von ihm neben seiner Tätigkeit für die Gesellschaft übernommene Vertretung einer anderen Firma durch den ihm vorgesetzten Generalagenten der Gesellschaft unter der Bedingung genehmigt worden ist, daß durch die Vertretung die Gesellschaft nicht geschädigt werde, und letztere nicht beweist, durch jene anderweite Vertretung geschädigt worden zu sein. OLG. Colmar, R. **04** 454.

b) Wenn der Handlungsgehilfe beim Dienstantritte sich dem Prinzipal gegenüber einen ihm rechtlich nicht zukommenden Namen beilegt, so liegt hierin ein Vertrauensmißbrauch, welcher den Prinzipal zu fristloser Kündigung berechtigt. LG. I Berlin, KGBl. **04** 57.

c) Durch Sammlung von Notizen über die Geschäftsverhältnisse bringt sich der Handlungsgehilfe in den Verdacht eines ungetreuen Verhaltens. Verstärkt er diesen Verdacht noch durch die beharrliche Weigerung, die Aufzeichnungen herauszugeben, so kann dem in seinem Vertrauen zum Gehilfen arg beeinträch-

tigten Prinzipal dessen weitere Beschäftigung nicht zugemutet werden. OLG. Braunschweig, BraunschZ. **51** 116.

2. Zu Nr. 2 vgl. IDR. **2** § 72.

a) Der an sich zu billigenden Ansicht Staubs (Anm. 4 zu § 72), daß eine einmalige Versäumnis des Dienstes als erheblich anzusehen sei, wenn sie während einer lebhaften Geschäftszeit stattfindet, und infolgedessen den Prinzipal die Bewältigung des Geschäfts unmöglich gemacht oder erschwert worden ist, ist doch nicht zu folgen in dem Falle, daß es sich nur um die Versäumnis weniger Stunden handelt, der Handlungsgehilfe zum Ladengeschäfte nicht absolut nötig war und die Möglichkeit bestand, Ersatz für ihn zu beschaffen. OLG. Braunschweig, BraunschZ. **51** 116.

b) Zu den Gepflogenheiten einer Kontoristin gehört es nicht unbedingt und nicht in allen Betrieben, insbesondere nicht denen größeren Umfanges, größere Geldbeträge persönlich zur Bank zu bringen. Die Weigerung der Kontoristin kann daher eine sofortige, ohne Einhaltung der Kündigungsfrist erfolgende Kündigung des Prinzipals nicht rechtfertigen. Gutachten der Handelskammer zu Berlin v. 29. 12. 03, KGBl. **04** 105.

c) *Horrwitz 138. Entschuldigt sich im Falle der Nr. 2 des § 72 der Gehilfe mit Krankheit, so ist ihm der Beweis der letzteren nach keiner Richtung beschränkt; namentlich ist er nicht verpflichtet, sich von einen Arzte untersuchen zu lassen oder ein ärztliches Attest beizubringen, und zwar auch dann nicht, wenn der Prinzipal die Kosten dafür übernimmt. Hingegen ist eine Vereinbarung, wonach sich der Gehilfe dem Gutachten des Geschäftsarztes unterwirft, rechtsgültig. Dieses ist dem Prinzipal gegenüber maßgebend, auch wenn es irrig ist; doch kann in diesem Falle der Gehilfe bzw. der Prinzipal gegen den Arzt Regreß nehmen.

d) Der Handlungsgehilfe ist nicht verpflichtet, ohne Aufforderung und auf seine Kosten ein ärztliches Attest über seine Erkrankung beizubringen. LG. I Berlin, KGBl. **04** 105.

3. Zu Nr. 3; vgl. IDR. **2** § 72.

a) Ansteckende Krankheit (Krätze) und außereheliche Schwangerschaft sind als wichtiger Grund zur kündigungslosen Entlassung einer weiblichen Handlungsgehilfin anzusehen. LG. I Berlin, KGBl. **04** 85.

b) Anhaltende Krankheit im Sinne des § 72 Ziff. 3 liegt objektiv dann nicht vor, wenn die Krankheit zwar in der Vergangenheit längere Zeit gedauert hat, zur Zeit der Kündigung auch noch besteht, aber in kurzer Zeit nach der Kündigung ihr Ende erreicht; denn eine zur Zeit der Kündigung anhaltende Krankheit ist nicht eine nur zu dieser Zeit bestehende, sondern eine zu dieser Zeit das Moment längerer Fortdauer in der Zukunft objektiv an sich tragende Krankheit. OLG. Kassel, R. **04** 634.

4. Zu Nr. 4; vgl. IDR. **2** § 72.

5. *Horrwitz 133. Nicht verziehen gilt ein Entlassungsgrund trotz Fortsetzung des Dienstverhältnisses, wenn dieses unter Vorbehalt der Entlassung fortgesetzt wird; nach angemessener Zeit wird jedoch der Vorbehalt wirkungslos.

§ 73. 1. Zeitpunkt der Beendigung (vgl. IDR. **2** § 73 a).

a) *Horrwitz 105, 107. Das Zeugnis kann schon angemessene Zeit vor Beendigung des Dienstverhältnisses verlangt werden, nämlich bei Kündigung vom Tage der Kündigung an, bei Beendigung durch Zeitablauf etwa 6 Wochen vor letzterem. — Wird das Geschäft verkauft, so braucht der neue Prinzipal ein Zeugnis über die Dienstzeit unter seinem Rechtsvorgänger nicht zu erteilen.

b) Die Ausstellung eines Zeugnisses kann der Handlungsgehilfe schon vom

Augenblicke der Kündigung an verlangen. OLG. Colmar, DJZ. **04** 415 (vgl. JDR. **2** § 73).

2. a) *Brückmann, Das Recht auf richtiges Dienstzeugnis, SeuffBl. **69** 449 ff. und 518 ff., wendet sich gegen Urteile des OLG. Hamburg und des KG. (vgl. JDR. **2** zu § 630 BGB. Note 4 b und 4 c) sowie gegen OLG. **9** 251, SeuffA. **59** 465, SchlHolstAnz. **04** 168 (Kiel) und OLG. **9** 252 (KG.) und tritt unter Hinweis auf die bisher zum § 113 RGewO. geübte Praxis für die Notwendigkeit des objektiv richtigen Dienstzeugnisses ein. Eine Unterscheidung nach der Richtung, ob der Prinzipal in dem Zeugnis ein Urteil oder Tatsachen niederlegt, ist nicht anzuerkennen. Er muß jederzeit bereit und imstande sein, auch ein Urteil in Tatsachen auflösen zu können. Der Angestellte, der die Unrichtigkeit des Zeugnisses behauptet, hat grundsätzlich die Beweislast. Dem Prinzipal aber fällt die Pflicht des substantiierten Bestreitens zu. Der Angestellte kann ein richtiges Zeugnis verlangen, selbst wenn und soweit es ihm ungünstiger ist als das unrichtige. Er kann und darf auch ein ungünstiges Zeugnis beanspruchen, wenn es nur richtig ist. Der Klageantrag und Urteilstenor können auf einen bestimmten Text lauten. — Vgl. im übrigen JDR. **3** zu § 630 BGB.

b) Reicht der Handlungsgehilfe das ihm ausgestellte Zeugnis zurück, weil es nicht über alle im § 73 angegebenen Punkte Auskunft erteilt, so ist der Prinzipal nicht darauf beschränkt, die fehlenden Punkte nachzutragen, sondern er darf auch — soweit er dies mit seiner moralischen Verantwortlichkeit für die Richtigkeit des Zeugnisses vereinbaren kann — dieses materiell ändern. OLG. **9** 251, SchlHolstAnz. **04** 167, SeuffA. **59** 465 (Kiel). Hiergegen Brückmann a. a. O.

c) Wird ein Zeugnis als unrichtig angefochten, so hat der Prinzipal den Beweis der Richtigkeit, nicht der Handlungsgehilfe den der Unrichtigkeit zu führen. *Horrwitz 182 im Gegensatz zu OLG. **5** 270.

d) Inhalt des Zeugnisses (vgl. JDR. **2** § 73).

Der Gehilfe kann nicht von vornherein die Erteilung eines Zeugnisses mit einem von ihm vorgeschriebenen Inhalte fordern. Die Formulierung des Zeugnisses ist Sache des Prinzipals; dieser hat die Leistungen und die Führung des Gehilfen zu beurteilen und die Form für diese Beurteilung zu wählen. Glaubt der Gehilfe sich durch die Fassung des Zeugnisses beeinträchtigt, so kann er unter Umständen auf Berichtigung des Zeugnisses klagen. OLG. **9** 252 (KG.). S. hierzu auch o. zu a.

3. Zeugnis des Prokuristen.

Das Zeugnis ist von dem Prinzipal selber auszustellen, nicht von dem Prokuristen oder generellen Handlungsbevollmächtigten. *Horrwitz 104.

4. Vgl. im übrigen JDR. **1**, **2** u. **3** zu § 630 BGB.

§ 74. 1. Auslegung des Konkurrenzverbots (vgl. JDR. **2** § 74 Nr. 2).

a) Die Konkurrenzklausel, daß dem früheren Reisenden verwehrt sein soll, während eines Jahres die Kundschaft seines bisherigen Hauses geschäftlich zu besuchen, ist derart streng auszulegen, daß ihm nur der geschäftliche Besuch verboten ist. Erlaubt ist ihm, mit der Kundschaft seines früheren Prinzipals in geschäftliche Beziehungen zu treten, vorausgesetzt, daß er sie nicht besucht, und erlaubt ist ihm, sie zu besuchen, vorausgesetzt, daß der Besuch nicht ein geschäftlicher ist. OLG. **8** 255 (Hamburg).

b) Die Konkurrenzklauseln sind nicht als Einschränkungen der Gewerbefreiheit eng und nur nach dem Wortlaut auszulegen, sondern es ist bei ihnen gleich wie bei anderen Verträgen der wirkliche Wille zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften. **RG.** Holdheims MSchr. **04** 131, ZfAktG. **11** 211.

c) Das Verbot, Konkurrenzwaren zu verkaufen, wird schon durch das bloße Angebot zum Verkauf verletzt, selbst wenn es zu letzterem nicht kommt. *Horrwitz 151, im Gegens. zu RG. bei Bolze 12 Nr. 417.

d) Die Handelskammer zu Dresden (R. **04** 476) hat eine Konkurrenzklausel im Anstellungsvertrag eines Buchhalters, die den betreffenden verpflichtete, innerhalb von 3 Jahren in kein Konkurrenzgeschäft (Kokosmatten- und Läuferfabrik) einzutreten und sich auch nicht an solchen Geschäften zu beteiligen, wiewohl das Konkurrenzverbot keine örtliche Einschränkung enthält, als angemessen begrenzt angesehen, da der betreffende Angestellte, der nicht im technischen Betriebe, sondern als Buchhalter angestellt war, auch außerhalb des Kreises der wenigen Kokoswarenfabriken ausreichende Gelegenheit hatte, Anstellung zu finden.

Ebenso hat das OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 186 erkannt: Ist der Geschäftszweig, auf welchen sich das Konkurrenzverbot erstreckt, ein so eng umgrenzter (Fabrikation und Vertrieb von Glasplakaten), daß dem Betroffenen zu seinem Fortkommen hinreichender Spielraum in seiner kaufmännischen Tätigkeit verblieb, so ist die Konkurrenzklausel zulässig, auch wenn sie ihn 3 Jahre lang nach seinem Austritt von jenem Geschäftszweig ausschließt.

e) Ist durch das Konkurrenzverbot die Mitbeteiligung an einem gleichartigen Geschäft ausgeschlossen, so ist unter „Mitbeteiligung" zu verstehen, der im Verkehr herrschenden Auffassung gemäß, eine Beteiligung durch Einsetzung der vollen Arbeitskraft, durch Einwerfen von Kapital, Immobilien, Apparaten usw., und zwar mit dem Anspruch auf Teilnahme am Gewinn, gewöhnlich auch mit der Verpflichtung, am Verlust zu partizipieren. Sie liegt also nicht vor, wenn derjenige, gegen den das Verbot erlassen ist, seinem Sohn bei der Einrichtung eines gleichartigen Geschäfts ratend zur Seite steht und ihn mit Geld unterstützt. OLG. Zweibrücken, PfälzR. **1** 86.

2. Grenzen des Konkurrenzverbots (vgl. IDR. **2** § 74 Nr. 3).

Werden bei einer Vereinbarung über eine Beschränkung der gewerblichen Tätigkeit des Handlungsgehilfen die gesetzlichen Grenzen überschritten, so ist die Vereinbarung nur hinsichtlich des Übermaßes und nicht vollständig unverbindlich. Der Richter hat die Befugnis, die Wirksamkeit der Klausel angemessen einzuschränken. RG. Gruchots Beitr. **48** 369, BankA. **3** 133.

3. Abs. 3.

Die Frage, ob eine bei Abschluß des Dienstvertrags mit einem minderjährigen Gehilfen vereinbarte und somit nichtige Klausel die Gültigkeit des ihr zugehörigen Dienstvertrags alteriert, verneint Tiedemann (105) in Übereinstimmung mit Staub I 289, aber im Gegensatze zur herrschenden Meinung (vgl. Düringer-Hachenburg I 239, Goldmann I 360, Lehmann-Ring I 180).

§ 75. 1. Abs. 1 Satz 1.

a) In der Streitfrage (s. IDR. **2** § 75 I 1a), ob die Bestimmung des Abs. 1 Satz 1 auf den Fall eines sofortigen Dienstaustritts ohne Kündigung beschränkt werden müsse, oder ob die Kündigung mit Einhaltung der Kündigungsfrist ebenfalls den Verlust des Anspruchs aus der Konkurrenzklausel herbeiführen könne, hat sich das RG. IW. **04** 149, BankA. **3** 134, RG. **56** 372 für die letztere Ansicht erklärt. Es führt aus:

Der Wortlaut des Abs. 1 Satz 1 verlangt nur einen Grund, der zum Dienstaustritt berechtigt, und nicht auch diesen Dienstaustritt selbst, und die gegenteilige Ansicht, nach welcher der Handlungsgehilfe in vielen Fällen vor die Wahl gestellt wäre, entweder sich den Vertragswidrigkeiten des Prinzipals zu unterwerfen oder sich und seine Familie durch fristlose Vertragsaufhebung der Gefahr von Entbehrungen auszusetzen, die bei Einhaltung der Kündigungsfrist nicht in gleicher Weise zu befürchten sein würden, würde den vom Gesetze gewollten Schutz des

Handlungsgehilfen in vielen Fällen illusorisch machen. Allerdings ist in solchen Fällen nicht sofortigen Austritts stets zu prüfen, ob nicht in dem Verbleiben im Dienste trotz des Eintritts eines Austrittsgrundes im Sinne der §§ 75, 71 eine Verzeihung der Vertragswidrigkeit zu finden ist.

b) In den beiden Fällen, in welchen der Prinzipal keine Ansprüche aus § 74 geltend machen kann, muß das Dienstverhältnis durch einseitige Aufkündigung aufgelöst sein. OLG. 8 96 (Posen).

2. Abs. 1 Satz 2.

a) Wenn sich der Handlungsgehilfe zur Ausfüllung der ihm übertragenen Stellung nicht eignet, so ist dem Prinzipal damit der „erhebliche Anlaß" gegeben, aus welchem er kündigen darf, ohne der Rechte aus der Konkurrenzklausel verlustig zu gehen. „Erheblicher Anlaß" ist nicht identisch mit dem in §§ 70, 72 für die Kündigung verlangten „wichtigen Grunde". Der Prinzipal kann begründeterweise mit den Leistungen des Gehilfen unzufrieden sein, ohne daß er deshalb ein Verschulden des Gehilfen aus §§ 70, 71 dartun kann. Um ihm auch für diese Fälle die Kündigung ohne Einbuße der Rechte aus der Konkurrenzklausel zu ermöglichen, ist die Bestimmung über die Kündigung aus „erheblichem Anlaß" aufgenommen. OLG. 8 97 (Hamburg).

b) Der Prinzipal, der dem Handlungsgehilfen ohne Anlaß kündigt, kann die Konkurrenzklausel nur dadurch aufrechterhalten, daß er sofort bei der Kündigung dem Gehilfen erklärt, er wolle ihm für die Dauer der Wirksamkeit der Klausel das Gehalt fortzahlen. Unterläßt er diese Zusicherung, so erlischt die Konkurrenzklausel, ist sie aber einmal erloschen, so kann sie auch nicht dadurch wieder aufleben, daß der Gehilfe später Handlungen begeht, die den Prinzipal zur sofortigen Aufhebung des Dienstverhältnisses gemäß § 72[1] berechtigten. OLG. 8 387, BankA. **3** 134 (Köln); vgl. IDR. **2** § 74 Nr. 3.

3. Abs. 2.

*Ledermann, Reugeld und Vertragsstrafe 68. Die Strafbestimmung des § 75 ist nicht als Reugeld aufzufassen.

§§ 76—81. Vgl. IDR. **2** §§ 76—81.

Siebenter Abschnitt. Handlungsagenten.

Literatur: Dochnahl, Der Handlungsagent in seiner Rechtsstellung nach früherem und jetzigem Rechte. Borna-Frankfurt a. M. 1903. — Jacusiel, Das Recht der Agenten, Mäkler und Kommissionäre (2). Berlin 1904.

§ 84. 1. Der Agenturvertrag (vgl. IDR. **2** § 84 Nr. 2).

*Jacusiel 3, 4 (vgl. IDR. **2** § 84). Der Agenturvertrag ist ein Dienstvertrag, welcher eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat.

2. Der Begriff des Handlungsagenten.

a) *Jacusiel 6. § 84 bezeichnet mit den Worten „Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des anderen abzuschließen" nicht zwei verschiedene Arten der Tätigkeit, so daß man von Vermittelungs- und Abschlußagenten sprechen könnte; er drückt nur aus, daß die Vermittelungstätigkeit zur Qualifizierung als Agent genügt, aber auch die Vollmacht zu Abschlüssen von Geschäften und die ihr entsprechend entwickelte Tätigkeit nicht den Rahmen des Agenturgeschäfts verläßt.

Der sog. Gelegenheitsagent ist Mäkler. *Jacusiel 10; ebenso Staub § 84 Anm. 7, Immerwahr 4, dagegen Goldmann 400, Düringer u. Hachenburg 261.

b) Wer gewerbsmäßig für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Vermittlung von Geschäften über unbewegliche Sachen übernimmt, ist nicht Handlungsagent, weil er nicht ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines anderen Ge-

schäfte zu vermitteln oder im Namen des anderen abzuschließen. Er ist aber auch kein Handelsmäkler, weil er Geschäfte über unbewegliche Sachen vermittelt (§ 93 Abs. 2), er dürfte zu den Mäklern im Sinne des § 652 BGB. zu rechnen sein. Als solcher allein ist er aber nicht Kaufmann (§ 1 Nr. 7 HGB.). LG. Crefeld, ZBlFrG. **5** 254.

c) Der Hauptunterschied zwischen dem Handlungsagenten und dem Handlungsgehilfen besteht darin, daß der Handlungsagent der Handelsfirma, von welcher er ständig damit betraut ist, Geschäfte zu vermitteln oder abzuschließen, als selbständiger Handelsgewerbetreibender gegenübersteht, und als solcher in der Regel auch noch anderweitig, sei es als Handlungsagent, für noch andere Handelsfirmen, sei es in anderen Zweigen des Handelsgewerbes, tätig ist, während der Handlungsgehilfe in dienstlicher Abhängigkeit von seinem Geschäftsherrn ein unselbständiges Glied im Geschäftsorganismus von dessen Handelsgewerbe ist und ohne besonderer Genehmigung des Geschäftsherrn nicht in einem anderen Handelsgewerbe, sei es auf eigene oder auf fremde Rechnung, tätig sein darf. Dieser Unterschied bringt es auch mit sich, daß der Handlungsagent in der Regel auf Provisionen aus den von ihm vermittelten bzw. abgeschlossenen Geschäften als Vergütung für seine Tätigkeit angewiesen ist, der Handlungsgehilfe an demselben Orte seinen Wohnsitz hat, daß endlich der Handlungsagent dem Geschäftsbetriebe jener Firma im übrigen fern steht, während der Handlungsgehilfe ihm meist in mehr oder weniger fest bestimmten Grenzen dienstbar gemacht ist. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 186.

3. Pflichten des Geschäftsherrn. Dem Geschäftsherrn liegt eine Haftung für den Agenten auf Grund des § 831 BGB. nicht ob. *Jacusiel 66, dagegen Immerwahr 180; vgl. JDR. **2** § 84.

§ 85. Eine Vermutung dafür, daß ein Agent Abschlußvollmacht habe, besteht nicht. OLG. Darmstadt, HessRspr. **5** 72.

§ 86. Vgl. JDR. **2** § 86.

§ 87. Vgl. JDR. **2** § 87.

§ 88. Abs. 1.

1. Das angebliche Konkursvorrecht des Agenten.

Die Streitfrage, ob im Konkurse des Geschäftsherrn die Forderungen des Agenten aus Geschäften, die vor der Konkurseröffnung abgeschlossen sind, das Vorrecht aus § 61, 1 KO. haben, bejaht Jacusiel 78—82 mit ausführlicher Literaturangabe, — verneint Meyer (Konkurs- und anfechtungsrechtliche Fragen), JW. **04** 34; vgl. JDR. **2** § 88 Nr. 5.

2. Der Provisionsanspruch (vgl. JDR. **2** § 88 Nr. 3, 4).

a) Eine notwendige Voraussetzung für den Provisionsanspruch des Handlungsagenten ist, wenn nicht etwas anders vereinbart ist, das Zustandekommen des Geschäfts. Hat es der Geschäftsherr abgelehnt, dem Handlungsagenten die zum Abschlusse von Geschäften erforderlichen Preislisten zu senden, und sind deshalb mehrere Geschäfte, die in sicherer Aussicht gestanden haben, nicht zustande gekommen, so kann der Agent mangels einer besonderen Vereinbarung die Provision von dem Geschäftsherrn, wenn dieser ihn auch auf eine bestimmte Zeit für einen bestimmten Bezirk angestellt hatte, nicht mit der Begründung verlangen, daß ihm durch das Verhalten des Geschäftsherrn der Verdienst entgangen sei. OLG. Posen, R. **04** 556.

Ebenso erkennt OLG. Zweibrücken, PfälzRpr. **1** 49, daß der Provisionsanspruch des Agenten erst durch die wirkliche Ausführung der Bestellungen zur Entstehung gelangt.

b) Die Höhe der Provision des Handlungsagenten ist, wenn der Prinzipal minderwertige Aktien seines Schuldners zum Nennbetrag in Zahlung nehmen

muß, zu berechnen nicht nach dem Werte der Aktien im Augenblick ihrer Hingabe, auch nicht nach dem vollen Werte der Forderung, sondern nach dem Preise, den die später erfolgte tatsächliche Verwertung der Aktien ergibt. OLG. **9** 270 (Frankfurt).

c) Zuwendungen von der Gegenpartei, die sich als Vermögensvorteile aus der Geschäftsbesorgung darstellen, muß der Agent nach § 667 BGB. dem Geschäftsherrn auch dann herausgeben, wenn dieser durch die Zuwendung nicht beeinträchtigt erscheint. *Jacusiel 26, dagegen Immerwahr 116.

*Dochnahl 122. Eine sog. Extraprovision, d. h. eine von dem Dritten dem Agenten für besondere Bemühungen gewährte besondere Belohnung, darf der Agent, ohne sie in Rechnung stellen oder dem Geschäftsherrn Mitteilung machen zu müssen, insoweit annehmen, als er dadurch das Interesse des Geschäftsherrn nicht verletzt.

Abs. 2. 1. *Dochnahl 114. Das Wort „Verhalten" hat die Bedeutung von „schuldhaftem Verhalten". Denn das Wort „Verhalten" kann sich schon sprachlich nur auf Momente beziehen, die in der Person liegen, nicht auf reine Äußerlichkeiten und Zufälligkeiten. Der Umstand, daß wichtige Gründe in der Person des Dritten vorliegen, ist also nur einer, wenn auch der markanteste der Fälle, in welchen den Geschäftsherrn an der Nichtausführung des Geschäfts kein Verschulden trifft. (Vgl. JDR. **2** § 88 Abs. 2 Nr. 3.)

2. Ist die Nichtausführung des vermittelten Geschäfts auf einen Zufall (in der Person des Geschäftsherrn) zurückzuführen, so steht dem Agenten kein Provisionsanspruch zu. *Jacusiel 37; vgl. JDR. **2** § 88.

3. Die Beweislast dafür, daß ein wichtiger Grund zur Abstandnahme von der Ausführung des provisionspflichtigen Geschäfts vorliegt, hat der Prinzipal. So im Gegensatze zu Staub Anm. 7 zu § 88 und OLG. **7** 150: *Horrwitz 87/88.

Abs. 4. *Dochnahl 115. Abrechnungstermin und Fälligkeit fallen zusammen.

§ 89. 1. In der Frage, bei welchen Geschäften der Bezirksagent seinen Provisionsanspruch verdient hat, bleibt Jacusiel in der 2. Auflage 43 bei der in der 1. Auflage vertretenen Ansicht; vgl. JDR. **2** § 89 Nr. 3.

2. Die Zusicherung von Provisionen für „direkte und indirekte Ordres" ist dahin auszulegen, daß dem Agenten der Provisionsanspruch auch dann zustehen soll, wenn ein Auftrag aus dem ihm übertragenen Gebiete von Kunden direkt oder durch Vermittelung eines Dritten beim Geschäftsherrn einläuft. OLG. Zweibrücken, PfälzRpr. **1** 49.

§ 90. Vgl. JDR. **2** § 90.

§ 91. 1. Auf Grund des allgemeinen und unbestimmten Vorbringens, daß die Aufstellung unvollständig sei, ist der Handlungsagent nicht berechtigt, die Vorlegung der Bücher zu begehren. Eben deshalb darf auch von der dem Gerichte durch § 45 erteilten Befugnis kein Gebrauch gemacht werden; denn diese Vorschrift hat jedenfalls nicht den Zweck, dem Gegner Gelegenheit zu geben, sich durch Durchmusterung der Bücher Unterlagen für neue Behauptungen zu verschaffen. Dieselben Erwägungen führen ferner dazu, das Verlangen des Agenten, auf eidliche Bestärkung der Aufstellung als unberechtigt zurückzuweisen. Endlich kann sich der Agent auch nicht auf § 422 ZPO. verb. mit § 810 BGB. beziehen. OLG. Dresden, SächsA. **14** 108. Vgl. auch Staub I 319 Nr. 3 zu § 91.

2. § 254 ZPO. findet auch auf den Fall des § 91 Anwendung. Der Handlungsagent, der nach § 91 vom Geschäftsherrn die Mitteilung von Buchauszügen verlangt, kann daher mit der Klage darauf zugleich die Klage auf Zahlung derjenigen Provision verbinden, die er auf Grund der nach den Buch-

auszügen für den Geschäftsherrn abgeschlossenen Geschäfte von diesem zu beanspruchen hat. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 321, R. **04** 79.

§ 92. Abs. 1. Zur Frage, wieweit dem Agenten ein Entschädigungsanspruch erwächst, wenn der Geschäftsherr sein Geschäft auflöst, äußert sich *Jacusiel (2) 74 übereinstimmend mit (1) 49. Vgl. JDR. **2** § 92.

Abs. 2. 1. Daß ein Agent auch für eine Konkurrenzfirma tätig ist, ist für den durch den Agenten vertretenen Kaufmann kein Grund zur Entlassung des Agenten. Ein Agent ist, sofern nicht besondere Umstände etwas anderes rechtfertigen, nicht verpflichtet, seine ganze Tätigkeit nur einer von ihm vertretenen Firma zu widmen. OLG. Breslau, R. **04** 23.

2. Der Geschäftsherr ist dem Agenten gegenüber dazu verpflichtet, die ihm bei der Abrechnung mitzuteilenden Buchauszüge über die provisionspflichtigen Geschäfte mit der peinlichsten Sorgfalt und in absoluter Vollständigkeit aufzustellen. Denn da der Agent nach dem Standpunkte des neuen Rechtes nur solche Buchauszüge, nicht aber die Vorlegung von Belegen oder der Geschäftsbücher verlangen darf, so ist er, zumal bei den Provisionen aus sog. direkten Geschäften, ganz auf die Redlichkeit des Geschäftsherrn angewiesen, deshalb ist eine Verletzung dieser Pflicht ein „wichtiger Grund" zur sofortigen Auflösung des Vertragsverhältnisses durch den Agenten. OLG. **8** 389, ZfAktG. **11** 236 (Dresden).

3. a) Erhebliche von einem Agenten ausgehende Beleidigungen bilden einen wichtigen Grund, welcher sofortige Entlassung rechtfertigt. Voraussetzung ist dabei, daß die Beleidigung den Geschäftsherrn selbst trifft; bezieht sie sich auf dessen Angehörige, so wird ihre Bedeutung für den Bestand des Rechtsverhältnisses je nach den Umständen des Falles zu beurteilen sein, insbesondere in der Richtung, inwieweit indirekt die Person des Geschäftsherrn mit betroffen ist. Auch unmittelbare Ehrverletzungen desselben können zwar unter Umständen dem Agenten hingehen; es liegt aber solchenfalls dem Agenten ob, seinerseits die besonderen Umstände nachzuweisen, welche eine andere als die im Gesetze vorgesehene regelmäßige Beurteilung rechtfertigen. OLG. Braunschweig, R. **04** 171. Vgl. aber JDR. **2** § 92.

b) Was als ein wichtiger Grund im Sinne des § 92 anzusehen sei, sagt das Gesetz nicht. Eine entsprechende Anwendung der §§ 71, 72, insbesondere der Ziff. 4, ist nicht ohne weiteres und nicht im vollen Umfange zulässig, da zwischen dem Prinzipal und dem Gehilfen sich ein Abhängigkeits- und Respektsverhältnis bildet, während der Geschäftsherr und der Agent sich gleichberechtigt gegenüberstehen. Ein wichtiger Grund kann u. U. darin liegen, daß der Agent sich in seinem Briefwechsel mit dem Geschäftsherrn diesen erheblich beleidigender Wendungen bedient. OLG. Dresden, ZfAktG. **11** 236, OLG. **8** 389.

Achter Abschnitt. Handelsmäkler.

Literatur: Jacusiel, Das Recht der Agenten und Mäkler (2). Berlin 1904.

§ 93. Vgl. JDR. **2** zu § 93.

§ 94. 1. Die Schlußnote muß ohne Zuhilfenahme anderer Dokumente Parteien, Gegenstand und Bedingungen des Geschäfts ergeben, so daß eine Bemerkung, wie „zu gehabten Konditionen", nicht genügt. *Jacusiel 19 gegen Düringer und Hachenburg § 94 II.

2. Die Schlußnote braucht nur dann nicht erteilt zu werden, wenn beide Parteien darauf verzichten. Der Verzicht einer Partei entbindet den Mäkler nicht einmal von der Zusendung der Schlußnote an die verzichtende Partei. *Jacusiel 20 gegen Düringer und Hachenburg § 94 II.

§ 95. Vgl. JDR. **2** § 95.

§ 98. Vgl. JDR. **2** § 98.

§ 99. Es ist davon auszugehen, daß regelmäßig die Absicht der Vertragschließenden bei Abschluß eines Mäklervertrags dahin geht, es solle der Mäklerlohn nur dann endgültig verdient sein, wenn das vermittelte Geschäft unbedingt geworden ist und infolgedessen aufrecht bleibt. Daß eine anderweite Vereinbarung getroffen sei, hat der Mäkler, der hierauf seinen Anspruch auf Mäklerlohn stützt, zu beweisen. OLG. Stuttgart, DJZ. **04** 822. Vgl. JDR. **2** § 99.

Zweites Buch. Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.

1. Literatur: Berner, Die Gründung und die Geschäftsführung der offenen Handelsgesellschaften Kommanditgesellschaften, Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, stillen Gesellschaften und der minderkaufmännischen Geschäftsbetriebe im gemeinsamen Namen. Nebst Auseinandersetzungen über die bei Gründung der verschiedenen Gesellschaften zu zahlenden Reichsstempelabgaben, über die Zulassung der Wertpapiere zum Börsenhandel und über das Emmissionsgeschäft, unter Beifügung von ausgearbeiteten Gesellschaftsverträgen und den Texten der in Betracht kommenden Reichsgesetze. — Ehrenberg, Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister. Iherings J. **44** 273ff. — Schwabe, Die Körperschaft mit und ohne Persönlichkeit und ihr Verhältnis zur Gesellschaft.

Bemerkung: Berner gibt ohne Eingehen auf Streitfragen und Bedenken eine allgemeinverständliche Darstellung des geltenden Rechtes. — Ehrenberg untersucht die Begriffe Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit und auf dem Gebiete des Handelsrechts insbesondere die Bedeutung und Tragweite des § 15 HGB.; vgl. u. a. die Noten zu §§ 159, 200, 311. — Schwabe macht, ohne Heranziehung des positiven Rechtes in seinen Einzelheiten, interessante Ausführungen zur systematischen und dogmatischen Ergründung des Rechtes der Körperschaften, darunter der AG.en. Hervorzuheben sind u. a. seine Bemerkungen zur Doppelbesteuerung der AG.en.

2. Ausländisches Recht: Amerika, Goldschmidts Z. **54** 247; — Frankreich, das. **58** 258, 511; — Japan, das. **54** 359 (v. Rehme); — Italien, das. **55** 216; — Schweiz, das. **54** 558; — Venezuela, Holdheims MSchr. **04** 282; — Westaustralien, das. 283.

Erklärung zwischen der Schweiz und Rußland betreffend die Stellung der AG.en und anderen Handels-, Industrie- und Finanzgesellschaften vom 19. 10. 03, Holdheims MSchr. **04** 194; — desgl. zwischen den Vereinigten Staaten von Nordamerika und Rußland vom 12./25. 6. 04, das. **04** 282.

Allgemeine Bemerkungen zum zweiten Buche.

1. Handelsgesellschaften von Religiosen.

a) Vgl. JDR. **2** Note 2 zum zweiten Buche des HGB.

b) KG., OLG. **9** 371 erklärt eine GmbH., welche der „Förderung des klösterlichen Zusammenlebens der Gesellschafter, Beschaffung und Unterhalt der zu diesem Zwecke erforderlichen Gebäulichkeiten, sowie Fürsorge für den Lebensunterhalt der Gesellschafter," gewidmet ist, in eingehender Begründung für ungültig, weil mit der Verfassung in Widerspruch stehend.

2. Ausländische Handelsgesellschaften.

a) Vgl. JDR. **2** Note 3 zum zweiten Buche des HGB.

b) OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. 253, BöhmsZ. **14** 64: Die Entstehungsgeschichte des Art. 10 EGBGB. ergibt, daß unter ihn die öffentlichrechtlichen Korporationen und die handelsrechtlichen Erwerbsgesellschaften des Auslandes nicht fallen sollen. Diese Gruppen haben vielmehr ohne weiteres Rechtsfähigkeit, wenn sie solche in ihrem Heimatstaate besaßen.

c) OLG. Hamburg, OLG. **9** 29, HansGerZ. **04** Hauptbl. 193: Art. 10 EGBGB. betrifft nicht ausländische Handelsgesellschaften. Unter Vereine, die „die Rechtsfähigkeit im Inlande nur nach den Vorschriften der §§ 21, 22 des

BGB. erlangen“ könnten, sind die Handelsgesellschaften nicht zu zählen. Das Gesetz spricht nicht von den Handelsgesellschaften als von Unterarten der „Vereine“ oder „juristischen Personen“, sondern setzt sie in Gegensatz zu diesen. Die Reichsgesetze nennen Handelsgesellschaften diejenigen Formen von Vereinigungen, welche sich nach den allgemeinen Vorschriften des Handelsrechts bilden, wobei unter Handelsrecht diejenigen Gesetze zu verstehen sind, welche vorzugsweise oder ausschließlich die Verhältnisse des Handelsverkehrs zu regeln bestimmt sind. Ausländische Vereinigungen, welche sich nach derartigen Vorschriften des Auslandes gebildet haben, fallen demgemäß nicht unter den Begriff der Vereine, von denen Art. 10 spricht.

Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft.

Vorbemerkung: Unter den wenigen Schriften, welche sich im Berichtsjahre mit der oHG. beschäftigt haben, ist das Buch von Arend über die Parteiqualität der oHG. (s. Note 2 zu § 124) rühmend hervorzuheben. Es zieht in klarer und eingehender Weise die prozessualen und teilweise auch die materiell-rechtlichen Folgerungen aus den Obersätzen, daß die oHG. zwar nicht rechtsfähig, wohl aber parteifähig ist, und trägt damit sehr zur Lösung der zahlreichen Schwierigkeiten bei.

In der Rechtsprechung ist wiederum häufig zum Ausdrucke gekommen, daß die oHG. nicht juristische Person ist; bei der Mehrzahl der Entscheidungen handelt es sich um Folgerungen aus diesem Grundprinzipe für die Auseinandersetzung, Stempelpflicht u. a. m.

Allgemeine Bemerkungen zum ersten Abschnitt.

Literatur: Josef, Die Vereinigung von Ärzten zur Berufsausübung als bloße Verbindung (Innengesellschaft), als Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes und als offene Handelsgesellschaft, Gruchots Beitr. 48 263.

Offene Handelsgesellschaft unter Ärzten.

Josef a. a. O.: Die Verbindung von Ärzten zur Berufsausübung ist Gesellschaft, wenn die verbundenen Ärzte zugleich die Aufnahme und Verpflegung der von ihnen behandelten Kranken besorgen. Das Unternehmen stellt sich als ein nach § 2 registerpflichtiger Gewerbebetrieb dar, wofern nur der Betrieb der Heilanstalt selbständiges Mittel zur Erzielung einer dauernden Einnahmequelle ist, nicht etwa lediglich als Mittel dem Zwecke untergeordnet wird, die Ausübung der ärztlichen Berufstätigkeit zu ermöglichen oder zu fördern. Durch die Eintragung wird die Gesellschaft zur oHG. Vgl. hierzu JDR. **2** Nr. 5g zu § 2 HGB., und JDR. **3** Allgemeine Bemerkungen zu §§ 705 ff. BGB. — Vgl. ferner Marcus und Naundorff, Eintragungspflicht von Ärzten in die Handelsregister, R. **04** 9 und 186.

Erster Titel. Errichtung der Gesellschaft.

§ 105. Literatur: Moll, Kann eine AG. Gesellschafter einer oHG. sein? Holdheims MSchr. **04** 150.

1. Rechtscharakter der oHG.

a) Vgl. JDR. **2** Note 1 zu § 105 HGB.

b) KG., OLG. **9** 193: Unzutreffend ist die Auffassung, daß das Stempelrecht die oHG. abweichend vom bürgerlichen Rechte als selbständige Rechtspersönlichkeit behandelt. Dafür findet sich in den Vorschriften des PrStStG. und in den sonstigen stempelrechtlichen Bestimmungen kein Anhalt.

c) **RG. 56** 206, JW. **04** 61 und **RG. 56** 432, Holdheims MSchr. **03** 268: Die oHG. ist keine juristische Person, nähert sich ihr aber. Die vereinigten Gesellschafter sind zwar Träger des Gesellschaftsvermögens, dieses ist jedoch selbständig. Es besteht an ihm eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, so daß der

einzelne Gesellschafter der Gesellschaft, wenn er von ihr zum Gesellschaftsvermögen gehörende Gegenstände erwirbt, gleich einem Dritten gegenübersteht.

d) Hierzu bemerkt Laband, DJZ. **04** 1108: Ein Vermögen, das keine Stiftung ist, keiner juristischen Person gehört und an dem die Berechtigten kein Miteigentum haben, das vielmehr „selbständig" ist, dürfte eine überkünstelte Konstruktion sein. Im praktischen Erfolg ist solche Selbständigkeit Personifikation der oHG. Das Gesamteigentum ist gebundenes, durch das unter den Beteiligten bestehende Rechtsverhältnis beherrschtes Miteigentum, aber immerhin Miteigentum und nicht ein auf sich selbst gestelltes „selbständiges" Vermögen.

2. Wer kann Mitglied einer oHG. sein?

a) Vgl. JDR. **2** Note 3 zu § 105.

b) Moll a. a. O.: Die AG. kann mit physischen oder juristischen Personen Gesellschaftsverträge des bürgerlichen Rechtes eingehen; fällt der von einer solchen Gesellschaft ins Leben gerufene Betrieb unter § 2 HGB., so muß die Gesellschaft eingetragen werden, und wird damit zur oHG.

Die gegen die Zulässigkeit der Teilnahme einer AG. an einer oHG. geltend gemachten Gründe sind nicht stichhaltig. Wenn man sich auf die §§ 106, 108, 118, 131⁴ beruft, welche eine persönliche Tätigkeit der Mitglieder der oHG. voraussetzen, und daraus folgert, daß das Gesetz die Teilnahme einer AG. nicht wolle, so ist zu entgegnen, daß die AG. jene Handlungen durch ihre Organe vornehmen lassen kann. Die zitierten Paragraphen regeln nur den Normalfall der Beteiligung physischer Personen, und müssen bei der Beteiligung juristischer Personen sinngemäß angewendet werden. Auch der Grund, die AG. könne nur eine Firma haben, durch die Teilnahme an einer oHG. erreichen sie eine zweite hinzu, schlägt nicht durch. Einmal ist die Behauptung, daß die AG. nur eine Firma haben könne, nicht ganz zutreffend, sodann wird aber an den Firmenverhältnissen der AG. durch ihren Beitritt zu einer oHG. nichts geändert, weil die Firma der oHG. nicht zur Firma der AG. wird. Ebensowenig schlagen die aus dem Vertretungs- und Registerrechte hergeleiteten Gründe durch. Endlich widerspricht auch das Wesen beider Gesellschaftsarten der Mitgliedschaft nicht. Die oHG. ist zwar eine Arbeitsgesellschaft, bei deren Eingehung die Rücksicht auf die persönliche Tätigkeit des Gesellschafters mitspricht; und von einer solchen kann man bei der AG. streng genommen nicht reden; immerhin bieten die Personen ihres Vorstandes, ihre Kapitalkraft u. a. m. angemessene Äquivalente. Ebenso lassen sich die Bedenken zerstreuen, welche sich aus dem Wesen der AG. ergeben.

3. Vereinigung von Minderkaufleuten zu einer oHG. und ähnl.

a) Vgl. JDR. **2** Note 6 zu § 4 HGB., Note 4c zu § 128.

b) OLG. Dresden, SächsA. **14** 583: Eine Vereinigung von Minderkaufleuten zum Betrieb eines Handelsgewerbes ist wie eine oHG. zu behandeln, wenn sie sich den Anschein einer oHG. gibt.

c) OLG. Dresden, OLG. 8 96: Wer, ohne Gesellschafter zu sein, geschehen läßt, daß ein anderer eine auf seine Mitinhaberschaft deutende Firma führt, haftet wie ein offener Handelsgesellschafter, weil er dadurch bewirkt, daß im Rechtsverkehr irrige Anschauungen über die Person des Kontrahenten oder doch der aus den abgeschlossenen Rechtsgeschäften Verpflichteten entstehen. Ebenso kann er, wenn er aus einer Gesellschaft der angedeuteten Art ausscheidet, diese Tatsache nicht geltend machen, wenn die alte Firma mit seiner Zustimmung weitergeführt wird da er nach Lage der Sache den beteiligten Dritten auf seinen Austritt hätte aufmerksam machen müssen (vgl. JDR. **2** Note 4b zu § 128 HGB.).

§ 106. Scheingründung. OLG. Colmar, ElsLothrNotZ. **24** 93, ZBlFrG. **4** 799, BayerZ. **11** 236, OLG. 8 378: Der Registerrichter kann die

beantragte Eintragung einer oHG. ablehnen, wenn es an der Ernstlichkeit des Willens, das Handelsgewerbe zu betreiben, fehlt. An dieser fehlt es auch dann, wenn tatsächlich Geschäfte gemacht werden, diese aber nur zum Schein geschlossen sind.

Zweiter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander.

RG., BauersZ. **12** 17 wiederholt die bekannten Grundsätze über die Stellung der Gesellschafter zum Gesellschaftsvermögen.

Dritter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten.

§ 123. Wirkung der Anfechtung des Gesellschaftsvertrags nach außen.

OLG. Dresden, SächsA. **14** 645, BauersZ. **12** 47, R. **04** 574: Ein Gesellschafter kann einer Gesellschaftsforderung den Einwand, er habe den Gesellschaftsvertrag wegen Betrugs angefochten, nur dann entgegenhalten, wenn der Gesellschaftsgläubiger bei Entstehung der Gesellschaftsforderung den Anfechtungsgrund kannte oder kennen mußte (§ 123 Abs. 2 Satz 2 BGB.). Im übrigen betrifft die Nichtigkeit nur das Verhältnis der Gesellschafter untereinander.

§ 124. Literatur: Arend, Die Parteiqualität der oHG. im geltenden Reichszivilprozeßrechte mit Ausschluß des Konkursverfahrens. Diss.

1. Ausländische Handelsgesellschaften.

OLG. Hamburg, OLG. **9** 253: Eine partnership kann nach dem Rechte des Staates New York nicht unter ihrer Firma klagen oder verklagt werden. Nur die einzelnen Gesellschafter können klagen oder verklagt werden.

2. Die oHG. im Prozesse.

a) Vgl. JDR. **1, 2** zu §§ 705 ff., 718 BGB., **1** zu § 50 ZPO., **2** Note 6 zu § 124 HGB.

b) Arend a. a. O.: Die oHG. ist nicht, auch während des Prozesses nicht, rechtsfähig: Rechtsträger sind stets die Gesellschafter, nie die Gesellschaft. Die oHG. ist aber parteifähig und zwar unterscheidet sie sich als Partei in nichts von einer materiellen Partei im Wachschen Sinne (27); s. JDR. **2** Nr. 6a zu § 124 HGB. Daraus folgt im einzelnen:

Der oHG. kann das Armenrecht nicht bewilligt werden, da diese Wohltat nur physischen Personen zukommen soll, und man die oHG., wenn man ihr einerseits die Vorteile der materiellen Parteifähigkeit zukommen lassen will, andererseits nicht den hiermit verbundenen Nachteilen entziehen kann (31); s. JDR. **2** Nr. 5a zu § 105 HGB.

Als Richter, Gerichtsschreiber oder Gerichtsvollzieher ist der Gesellschafter sowohl in Aktiv- wie in Passivprozessen der oHG. kraft Gesetzes von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen (32). Ist ihre Ehefrau Mitglied der oHG., so sind sie nicht ausgeschlossen, können aber abgelehnt werden (35).

Da die oHG. Partei ist, kann der Gesellschafter als ihr Streitgenosse auftreten (36).

Hat die oHG. ihren Sitz im Inlande, so ist sie in Prozessen auch dann nicht kautionspflichtig, wenn ihre Gesellschafter Ausländer sind. Das einzige Kriterium für die Ausländer oder Inländerqualität einer oHG. ist ihr Sitz (50).

Da die Gesellschafter für den Prozeß andere Personen sind als die Gesellschaft, so kann die gegen die Gesellschaft gerichtete Klage nicht in eine gegen die Gesellschafter gerichtete umgewandelt werden und umgekehrt (50). Der Gesellschafter kann im Prozesse der Gesellschaft als Nebenintervenient auftreten (52), es kann ihm der Streit verkündet (53), er kann als auctor gemäß §§ 76 f. ZPO. benannt werden, auch kann er Hauptintervention erheben (54); vgl. JDR. **2** Note 6b. — Er ist im Gesellschaftsprozesse Dritter im Sinne der

§§ 299, 771 ZPO., nicht dagegen im Sinne der §§ 299, 428 ff. das. Im Sinne der §§ 449, 450 ist nur der von der Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter Dritter (57). Er kann, soweit er nicht gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft ist, als Zeuge vernommen werden (55); dabei steht ihm ein Zeugnisverweigerungsrecht aus § 383 Ziff. 3 zu; seine Beeidigung ist nach § 393 Abs. 1 Ziff. 4 zu beurteilen (63); vgl. JDR. **1** Nr. 3b zu § 393 ZPO. — Der zugeschobene und zurückgeschobene Eid ist von allen zur Vertretung berechtigten Gesellschaftern zu leisten (63), ebenso der richterliche Eid und der Offenbarungseid (66). Über die Unterbrechung des Verfahrens beim Tode des vertretungsberechtigten Gesellschafters usw. vgl. 66 ff.

Die Rechtskraft eines gegen die Gesellschaft ergangenen Urteils ist, sowohl was die Vollstreckbarkeit, als was die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache anlangt, auf die Gesellschaft gemäß §§ 124 Abs. 2 und 129 Abs. 4 beschränkt (73).

Der Eintritt der Liquidation ist, von § 56 ZPO. abgesehen, ohne Einfluß auf den Fortgang des Prozesses (75); dagegen wird, gegen Schäfer, Gruchots Beitr. **38** 800 ff., anzunehmen sein, daß der Gesellschaftsprozeß an seinem Fortgange gehindert wird, wenn die Gesellschaft ihre Liquidation oder andere Art der Auseinandersetzung vollständig beendet hat (78); vgl. JDR. **2** zu Nr. 6c zu § 124 HGB.

c) Bezeichnung der Gesellschaft im Prozesse.

OLG. **9** 252 (Zweibrücken): Eine französische oHG. „Firma Carmus frères zu Cognac" hatte unter der Firma „Dallais et fils", unter der sie allgemein ihre Geschäfte machte, geklagt, und im Laufe des Prozesses die Firma berichtigt. Das OLG. fand hiergegen nichts zu erinnern; die Klage litt zwar an dem Mangel, daß eine handelsrechtliche Firma der gedachten Art nicht bestand. Aber hinter der ungenügenden oder unrichtigen Bezeichnung stand unfraglich die Vertragspartei selbst, welche aus dem abgeschlossenen Geschäfte die in der Klage erhobenen Ansprüche verfolgte. Indem sie die anderwärts zugelassene Geschäftsbezeichnung Dallais et fils in diesem Prozesse zugunsten ihrer wirklichen Firma aufgab, hat sie lediglich von einer zulässigen Richtigstellung ihrer handelsrechtlichen Bezeichnung nach Maßgabe der hier gültigen Prozeßgesetze Gebrauch gemacht.

§ 125. Literatur: Bacmeister, Der Ausschluß sämtlicher Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft an deren Vertretung, Goldschmidts Z. **55** 417 ff. — Bock, Vertretungsbefugnis und Firmenzeichnung bei oHGen., ÖstAGZ. **55** 121 f.

1. Ausschluß sämtlicher Gesellschafter von der Vertretung.

Gegen die herrschende Ansicht, die den Ausschluß aller Gesellschafter für zulässig erklärt, vgl. JDR. **2** Note 3 zu § 125. *Bacmeister a. a. O.: Der gleichzeitige Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung und deren Übertragung auf einen Prokuristen ist unzulässig. Das Wesen der offenen Handelsgesellschaft erfordert eine prinzipale und vollkommene Vertretung. Diese ist in der Prokura nicht gegeben wegen ihrer akzessorischen Natur und der ihr gezogenen gesetzlichen Schranken.

2. Das Recht zur Firmenzeichnung und sein Verhältnis zur Vertretungsmacht.

Bock a. a. O.: Die Vereinbarung, daß jeder der Gesellschafter zur Vertretung der oHG. selbständig berechtigt sein soll, daß jedoch die Firma nur von je zwei Gesellschaftern gemeinschaftlich zu zeichnen sei, enthält einen inneren Widerspruch. Sie ist daher nicht wirksam und vom Registerrichter zurückzuweisen. Die Firmenzeichnung fällt in das Gebiet der Vertretung der oHG., daher ist eine Beschränkung hinsichtlich ihrer Beschränkung in der Vertretung der oHG.

§ 126. 1. **RG. 57** 389, Holdheims MSchr. **04** 257: Die Einrede der Arglist ist gegenüber der Klage aus einem Wechselakzept nicht schon dann gegeben, wenn der Wechselinhaber beim Erwerbe des Wechsels die Tatsachen kannte, aus denen sich ergibt, daß der Gesellschafter, welcher das Akzept gegeben hat, nicht berechtigt war, für die Gesellschaft zu akzeptieren. Es ist vielmehr erforderlich, daß er sich der widerrechtlichen Handlungsweise dieses Gesellschafters bewußt geworden ist.

2. **RG.** JW. **04** 482: Treibt ein zur Vertretung befugter Gesellschafter mit seiner Vertretungsmacht Mißbrauch, indem er Geschäfte auf den Namen der Gesellschaft in eigenem Interesse macht und die Gesellschaft dadurch schädigt, und weiß der Vertragsgegner von diesem Mißbrauch und der beabsichtigten Schädigung der Gesellschaft, so kann er aus dem Vertrage keine Rechte gegen die Gesellschaft herleiten. Er ist ihr nach den §§ 249, 826 BGB. zum Schadensersatze verpflichtet: zu diesem gehört aber in erster Linie, daß er seinen vermeintlichen Anspruch nicht geltend macht.

3. Umfang der Vertretungsmacht.

RG. Holdheims MSchr. **04** 50: Die Vertretungsmacht umfaßt nicht die Befugnis, einen neuen Gesellschafter aufzunehmen. Durch den Eintritt eines neuen Gesellschafters, auch eines stillen, wird das Gesellschaftsverhältnis wesentlich neugestaltet; vgl. JDR. **1** Note 4 zu § 738 BGB.

Vierter Titel. Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern.

§ 131. 1. Die rechtliche Bedeutung der Auflösung.

a) Vgl. JDR. **2** Note 1 zu § 131.

b) KG., OLG. **9** 257, ZBlFrG. **5** 333, KGJ. **28** A 42: Mit der Auflösung der oHG. endet nur ihre produktive Seite. Wird sie im Handelsregister vor Durchführung der Liquidation gelöscht, so verändert das die Rechtslage nicht, und der Registerrichter kann die Löschung nach § 142 FrGG. von Amts wegen durch einen Vermerk wieder beseitigen. Ist inzwischen die Liquidation beendet, so kann der Registerrichter von der Wiederherstellung der zwar formell zu Unrecht, materiell aber nunmehr zu Recht gelöschten Eintragung Abstand nehmen.

c) KG., Bauers Z. **12** 68: Inhaltlich wie der erste Satz der vorstehend mitgeteilten Entscheidung.

2. Einfluß der Auflösung auf bestehende Vertragsverhältnisse.

OLG. Hamburg, OLG. **9** 260, Bauers Z. **12** 68: Erleidet das Vertragsverhältnis, welches zwischen der oHG. und Dritten besteht, durch die Auflösung der oHG. eine wesentliche Änderung, welche der Gegenkontrahent nach dem Vertragswillen der Parteien sich nicht braucht gefallen zu lassen, so ist er zur vorzeitigen Lösung des Vertrags, mithin auch zur Weigerung berechtigt, die ihm nach dem Vertrage obliegenden Verbindlichkeiten zu erfüllen.

§ 139. 1. Umwandlung der oHG. in eine KG.

a) Vgl. JDR. **2** Note 4 zu § 139.

b) KG., KGJ. **27** B 37 f.: Eine oHG. kann unter Wahrung ihrer Identität in eine KG. umgewandelt werden, wie sich aus den §§ 139, 162 Abs. 3, §§ 173, 176 Abs. 2 ergibt und auch von der Denkschrift (113) angenommen wird.

2. Fortsetzung einer aufgelösten oHG. als KG. durch Vereinbarung mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters.

KG., Bauers Z. **11** 161 KGJ. **26** A 219, ZBlFrG. **4** 727 f., Goldschmidts Z. **55** 305: Ist eine, oHG. durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, so können die überlebenden Gesellschafter mit dem Erben des Verstorbenen, solange die Gemeinschaft noch tatsächlich nicht erledigt, insbes. noch Vermögen der Gesellschaft als solches vorhanden ist, die Fortsetzung der Gesellschaft auch als

Kommanditgesellschaft mit der Maßgabe vereinbaren, daß dem Erben die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird. Gleichzeitig kann ein neuer Gesellschafter als Kommanditist eintreten. Gehört der Anteil des verstorbenen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen zum Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft, so nehmen die Teilhaber an dem Gesamtgute die Stellung des Erben ein.

§ 142. 1. Universalsukzession bei vertragsmäßiger Übernahme des Geschäfts durch einen der beiden Gesellschafter?

a) OLG. 9 254 (KG.): Übernimmt einer von zwei Gesellschaftern bei Auflösung der oHG. das Geschäft, so bedarf es zur Übertragung der Gesellschaftsgrundstücke der Auflassung. Das Gesamteigentum muß in Sondereigentum des Einzelkaufmanns überführt werden. Da die Übernahme eines Handelsvermögens keine Universalsukzession begründet, und ebensowenig einen Rechtserwerb kraft Gesetzes, bedarf es der Vornahme der einzelnen Übertragungsgeschäfte.

b) OLG. Dresden, OLG. **9** 255, SächsOLG. **25** 135, ZBlFrG. **4** 426 in gleichem Sinne.

c) BayObLG., R. **04** 575: Vereinbaren zwei Gesellschafter beim Ausscheiden des einen, daß das Geschäft mit Forderungen und Schulden auf den anderen übergehen soll, so findet gleichwohl keine Universalsukzession statt. Zur Übertragung des Eigentums an einem Gesellschaftsgrundstück auf den anderen insbesondere bedarf es in Bayern der notariellen Beurkundung des Vertrags.

2. Auseinandersetzung bei vertragsmäßiger Übernahme.

RG. 56 16, Bauers Z. **11** 163 und 280, JW. **04** 38, BankA. 3 206: Vereinbaren zwei Gesellschafter, daß ihr Gesellschaftsverhältnis mit einem bestimmten Zeitpunkt als aufgelöst gelten und der eine von ihnen das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernehmen solle, so kann der Ausscheidende Gewinnbeteiligung von allen Geschäften fordern, die vor diesem Zeitpunkte geschlossen sind, auch wenn sie erst nachher abgewickelt werden. Nach dem analog anzuwendenden § 142 Abs. 3 in Verbindung mit § 140 Abs. 2 folgt, daß die Auseinandersetzung zwischen den beiden Gesellschaftern nach Maßgabe der Vermögenslage der Gesellschaft im Moment der Auflösung und Geschäftsübernahme erfolgt; und der gleichfalls analog anzuwendende § 740 BGB. bestimmt, daß der Ausscheidende an dem Gewinn und Verluste teilnimmt, welcher sich aus den zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäften ergibt. — Die Parteien können jedoch eine anderweite Vereinbarung treffen.

§ 143. Vgl. Note 1 zu § 131 und Note 1 zu § 146.

Fünfter Titel. Liquidation der Gesellschaft.

§ 146. 1. Ernennung von Liquidatoren durch das Gericht nach Löschung der oHG. im Handelsregister.

KG., OLG. 9 261, ZBlFrG. 5 334: Das Gericht kann auch dann noch Liquidatoren ernennen, wenn der Übergang des Geschäfts der oHG. auf einen Einzelkaufmann im Handelsregister bereits eingetragen worden ist. Voraussetzung ist einzig, daß die Auseinandersetzung noch nicht völlig beendet ist.

2. Vergütung für die gerichtlich bestellten Liquidatoren.

KG., OLG. 8 256, KGJ. **27** A 222 f., Bauers Z. **11** 187: Das Amtsgericht ist im Falle des § 146 Abs. 2 nicht befugt, dem Liquidator eine Vergütung zuzubilligen, sondern muß die Entscheidung über die Ansprüche des gerichtlich ernannten Liquidators gegen die Gesellschaft aus dem für ihn vom Registergerichte mit ihm geschlossenen Dienstvertrag auf Vergütung oder Ersatz der Auslagen dem ordentlichen Rechtsweg überlassen. Das HGB. vertritt, vgl. die Vorgeschichte des § 194 HGB. sowie § 165 FrGG., offensichtlich den Stand-

punkt, daß mangels einer ausdrücklichen Vorschrift aus dem Ernennungsrechte die Befugnis zur Festsetzung einer Vergütung usw. nicht ohne weiteres folgt.

§ 148. RG. Holdheims MSchr. **04** 166: Die Wirksamkeit der Bestellung eines Liquidators ist von der Anmeldung und Eintragung zum Handelsregister unabhängig.

§ 155. KG., OLG. **9** 306, KGJ. **27** A 276, RJA. **4** 124, Bauers Z. **11** 238, **12** 67: Die Grundstücke einer oHG. können nach der Auflösung den Gesellschaftern nur durch Auflassung übertragen werden. Die oHG. ist keine juristische Person, die Gesellschafter besitzen vielmehr das Gesellschaftsvermögen zur gesamten Hand.

§ 157. 1. Vgl. Note 1 zu § 131 und Note 1 zu § 146.

2. OLG. **9** 262, ZBlFrG. **5** 334 (Hamburg): Die Parteien können nicht vereinbaren, daß die Firma vor beendeter Liquidation gelöscht werden soll. Die Ordnungsvorschrift über die Löschung ist ihrer Disposition entzogen. Dagegen können sie eine von der Liquidation abweichende Art der Auseinandersetzung vereinbaren, durch welche die Firma sofort erlischt.

3. Abs. 2. LG. Mainz, HessRspr. **4** 147, ZBlFrG. **4** 638: Der Streit über die Einsicht der Geschäftsbücher unter Zuziehung eines Sachverständigen nach beendeter Liquidation ist eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Sechster Titel. Verjährung.

§ 159. Beginn der Verjährung.

1. Staub Anm. 6: Die Verjährung läuft von der Eintragung an; es kommt nicht darauf an, ob die Bekanntmachung hinzugetreten ist, oder ob der Gläubiger Kenntnis von der Eintragung hatte; insofern enthält § 159 eine Ausnahme von § 15; ebenso Goldmann Anm. 21, Lehmann-Ring Note 8.

2. A. A. Ehrenberg, Iherings J. **44** 323: Der nichtwissende Dritte braucht sich die Tatsache der Auflösung der Gesellschaft, des Ausscheidens eines Gesellschafters nicht vor ihrer Bekanntmachung entgegensetzen zu lassen, und nach ihrer Bekanntmachung steht ihm der Nachweis der Nichtkenntnis offen (§ 15). Daher braucht er sich auch keine Rechtswirkung entgegensetzen zu lassen, die lediglich auf jenen Tatsachen beruht. Solange die Bekanntmachung aussteht, oder er keine Kenntnis von jenen Tatsachen hat, ist daher der Ablauf der verkürzten Verjährungsfrist gehemmt.

Zweiter Abschnitt. Kommanditgesellschaft.

Literatur: Vgl. die Angaben zum 2. Buche.

§ 161. 1. Umwandlung einer oHG. in eine KG. vgl. oben Note 1 zu § 139.

2. BayObLG., Bauers Z. **11** 142: Die Kommanditgesellschaft wird durch den Wechsel des Kommanditisten auch dann nicht aufgelöst, wenn sie nur aus zwei Gesellschaftern besteht.

§ 166. Abs. 3. Vgl. unten KG. zu § 338 Abs. 3.

§ 171. OLG. **8** 258 (Hamburg): Die Gläubiger einer KG. haben keinen Anspruch darauf, daß der Kommanditist seine Einlage in bar leiste. Er darf auch gegen die Forderung der Gesellschaft auf die Einlage aufrechnen. Anders könnte dann zu urteilen sein, wenn Gegenforderungen aufgerechnet würden, welche unbeitreibbar wären wegen Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft, weil alsdann die Einlage in wertlosen Objekten, also wirtschaftlich betrachtet, überhaupt nicht geleistet wäre.

§ 174. Vgl. zu § 176.

§ 176. Ehrenberg, Iherings J. **47** 318: § 15 über die Wirkung einer Eintragung in das Handelsregister kommt neben dem § 176 nicht zur Anwendung. Der Dritte muß die Eintragung der Kommanditgesellschaft auch schon dann gegen sich gelten lassen, wenn sie noch nicht bekannt gemacht ist, und kann sich nicht damit entschuldigen, daß er sie nicht kannte noch kennen konnte. Das Gegenteil gilt für § 174, da sich das Gesetz nur negativ äußert, nicht etwa, wie hier, positiv bestimmt, daß nach der Eintragung die Herabsetzung ohne weiteres jedem Dritten gegenüber geltend gemacht werden könne.

Dritter Abschnitt. Aktiengesellschaft.

Vorbemerkung: Im Berichtsjahre ist der zweite Band das „Recht der Aktiengesellschaften" von Professor Karl Lehmann-Rostock erschienen; er handelt von der Verfassung der AG., den Rechten und Pflichten des Aktionärs, Statutenänderungen, dem Geschäftsbetrieb der AG.en, der Auflösung der AG. und der Herabsetzung des Grundkapitals. — Der treffliche Kommentar von Goldmann ist inzwischen bis zur Erklärung des § 249 gediehen. — Hervorzuheben ist ferner das unten angeführte Buch von Bett, welches in gründlicher Bearbeitung auf die verschiedensten Fragen des Aktienrechts eingeht. Daneben hat sich mit den Problemen dieses Rechtsgebiets eingehender befaßt Leist (s. u.). Er bietet ein großes tatsächliches Material zur Beurteilung der Verhältnisse im Aktienwesen und macht in fesselnder Sprache auf zahlreiche neue Fragen aufmerksam, welche sich aus der modernen Entwickelung ergeben.

Zürcher (s. u.) untersucht, inwieweit sich Strafen gegen Personenverbände als solche empfehlen, und Broicher (s. zu § 231) kommt in seiner weit über das Aktienrecht hinausgreifenden Abhandlung zu vielen auch unmittelbar für die AG. verwendbaren Ergebnissen. Auf Schwabes Abhandlung ist schon oben hingewiesen.

Der Sektionschef Klein in Wien hat die Reformbestrebungen im Aktienrechte einer kritischen und fördernden Betrachtung unterzogen. Auch sonst ist im Berichtsjahre mannigfach an der Verbesserung des Aktienrechts gearbeitet worden. Die nachstehende Zusammenstellung des ausländischen Rechtes, soweit es in deutschen Zeitschriften veröffentlicht worden ist, gibt darüber näheren Aufschluß; hervorzuheben sind die ziemlich eingehenden Verhandlungen des Schweizerischen Juristentags über die Neuordnung der die AG. betreffenden Teile des Schweizerischen Obligationenrechts.

Der Deutsche Juristentag hat darüber verhandelt, inwieweit die Organe der AG. verpflichtet sind, die Generalversammlung einzuberufen. Darüber, ob er das Problem gelöst hat, wird man verschieden denken können; doch haben die Verhandlungen eine Reihe interessanter Momente zutage gefördert (s. zu § 253), darunter die alte Streitfrage, ob der Wille der Generalversammlung suprema lex für die AG. sei.

Von den Fragen, welche in dem letzten Berichte besonders im Vordergrunde standen, haben die nach dem Wesen der AG. und ihres Vermögens, nach der Tragweite der §§ 237, 245, nach den verschiedenen Möglichkeiten, die AG. zu sanieren, im Berichtsjahre keine wesentliche Förderung erfahren. Nur die Frage, ob die Vorschriften des BGB. auf die AG. subsidiär anzuwenden sind, wird fast allgemein, zumeist ohne nähere Begründung, bejaht.

Aus dem Material des Berichtsjahrs sind hervorzuheben die interessanten Entscheidungen darüber, ob eine Hypothek auf die Firma der Zweigniederlassung eingetragen werden kann (Note 2 zu § 201), sowie die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts (Note zu § 210) über die Frage, inwieweit die AG. kommunales Wahlrecht hat. Die im letzten Bericht in Aussicht genommene eingehendere Berücksichtigung der Werke von Rehm und Simon über das Bilanzrecht hat sich als nicht durchführbar erwiesen.

Literatur. Allgemeines: Leist, Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht, mit Beiträgen zum Rechte der Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften. — Zürcher, Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände, Schweizer ZfStrafr. **16** 311.

Bett, Der Konkurs der AG. und ihre Erneuerung. — Klein, Die neueren Entwickelungen in Verfassung und Recht der AG.

Stempelfragen: Meyer, Die gesamte stempelrechtliche Rechtsprechung des Reichsgerichts im Jahre 1904, Holdheims MSchr. **04** 264 ff., 292 ff.

Ausländisches Recht. Belgien: Reform des belgischen Aktienrechts, Holdheims MSchr. **04** 142. — Änderungen im belgischen Aktienrecht, ZAktWes. **14** 86 ff. — England: Schirrmeister, Aktienrechtliche Entscheidungen höchster englischer Gerichte, Goldschmidts Z. **55** 520. — Frankreich: Aron, Die französische Handelsgesetzgebung in den Jahren 1901 und 1902: 7. Aktienrecht, Goldschmidts Z. **54** 230 (s. auch das. **53** 158 ff.). — von Weiß-Wellenstein, Eine Reform des französischen Aktienrechts, BankA. **3** 75. — Über das neue französische Aktiengesetz, Holdheims MSchr. **04** 195. — Der neue französische Gesetzesvorschlag über AG.en, ZAktWes. **14** 109. — Österreich: Grünhut, Das österreichische Aktienregulativ vom 20. September 1899, Grünhuts Z. **31** 225. — Eine Entscheidung des österreichischen Obersten Gerichtshofs, den Geschäftsbetrieb ausländischer AG.en in Österreich betreffend, BankA. **3** 96. — Die Rechtsstellung der Repräsentanz ausländischer AG.en in Österreich, Bauers Z. **11** 201. — Schweiz, Rehfous und von Waldkirch, Referate über „die Revision des schweizerischen Aktiengesellschaftsrechts in den Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins 1904" und ZSchwR. **45** 566 ff., 634 ff. — Protokoll über die hierauf bezüglichen Verhandlungen, ZSchwR. **45** 701. — Referat über die Verhandlungen von v. Waldkirch, Holdheims MSchr. **04** 288 ff. — Schweizerisches Aktienrecht, ZAktWes. **13**, **14** 14 f. — Keyßner, Die aktienrechtlichen Verhandlungen auf der Antwerp Conference von 1903 der International Law Association, Goldschmidts Z. **54** 547, — enthält u. a. kritische Bemerkungen zu den §§ 187, 191 f., 202—204, 268 f. HGB.; vgl. auch die Literaturangaben zum 2. Buche.

Allgemeine Bemerkungen.

1. Die Entwickelung des Aktienrechts.

*Klein a. a. O. (inhaltlich mitgeteilt auch BauersZ. **11** 271; Holdheims MSchr. **04** 98; ZAktWes. **14** 159): Entwickelungsgeschichte und kritische Betrachtung der Reformbestrebungen unserer Tage lassen den Gärungszustand deutlich erkennen, der auf dem Gebiete des Aktienrechts nach jahrhundertelangem Schwanken noch andauert. Die Ursachen dieser überall zutage tretenden Erscheinung liegen zum überwiegenden Teile in den uralten Gegensätzen, die innerhalb der Aktiengesellschaft um ihre Geltung ringen. Gesellschafts- und Persönlichkeitsprinzip, Demokratisierung der Verfassung und energische Betätigung des Unternehmergeistes, ruhiger Privatbesitz und Spekulationsabsicht des Großkapitals lassen einen Ausgleich nicht zu. Immer wieder vollzieht sich das Schauspiel, daß sich die Grundsätze von der herrschenden Generalversammlung und dem dienenden Exekutivorgane tatsächlich in das Gegenteil verwandeln. Nicht minder zwiespältig liegen die Beziehungen der Staatsgewalt zur Aktiengesellschaft. Hier tritt dem Bestreben, die Entwickelung des Assoziationswesens und die Bildung großer Kapitalsvereinigungen zum Vorteile der gesamten Volkswirtschaft zu begünstigen, das Bedürfnis lähmend entgegen, über das Vermögen der Aktionäre zu wachen und in deren Interesse dem ausgreifenden spekulativen Unternehmergeiste Schranken zu ziehen. Eine völlige Versöhnung lassen diese ewig währenden Gegensätze nicht zu. Die lebendige Kraft der Unternehmertätigkeit vermag eine Fesselung, wie sie die Reformvorschläge anläßlich der jüngsten deutschen Wirtschaftskrise anstreben, nicht zu ertragen. Wer an einem Unternehmen teilnimmt, dessen Seele Wagnis ist, kann die Sicherheit des Sparpfennigs nicht beanspruchen. Einer Reform des Aktienrechts, dessen internationale Ausgestaltung wünschenswert ist, kann daher nicht zugestimmt werden, sofern sie sich die Einschränkung der Macht des Vorstandes zur Aufgabe stellt. Er ist es, der schöpferische Initiative entwickelt und die Gewinne hervorzaubert. Immerhin kann das Gebiet der sonst freien geschäftlichen Tätigkeit des Vorstandes begrenzt und behufs Verhinderung waghalsiger Spekulation die Zustimmung sämtlicher Vorstandsmitglieder bei wichtigeren Geschäften gefordert werden.

Ein tauglicheres Objekt für Reformversuche ist der Aufsichtsrat. Ver-

fehlt wäre es allerdings, zu seinen Gunsten die Vorstandsbefugnisse zu mindern und seine unmittelbare Teilnahme an der Verwaltung zu gestatten; durch eine derartige Vermengung von Vorstands- und Kontrollbefugnissen würde ihm ein eigenes Interesse an dem befriedigenden Ergebnisse der Kontrolle erstehen. Eine zweckmäßige Arbeitsteilung innerhalb des Aufsichtsrats dürfte ihn befähigen, die Verwaltung vollständiger als bisher zu überwachen. Seiner Kontrolle wird eine durch technisch gebildete Fachmänner ausgeführte Revision zu Hilfe kommen müssen. Auf Grund dieser wird er zu einer sachgemäßen Beurteilung der gesamten Geschäftsgebarung vom Standpunkte des Gesellschaftsinteresses gelangen und seiner kritischen Aufgabe — Warnung des Vorstandes vor Fortsetzung seiner Geschäftspolitik oder der Gesellschaft vor dem Vorstande, Verhütung drohenden oder Verminderung der Folgen bereits eingetretenen Schadens, Aufdeckung von Ersatzansprüchen — genügen können. Mit besonderen Schwierigkeiten hat die Regelung der Einflußsphäre des Aktionärs zu kämpfen, weil die Unterscheidung zwischen wirklichem und vorübergehendem Aktienbesitz äußerlich nicht in die Erscheinung tritt und die Teilnahme der durch ihr Interesse nicht dauernd an das Unternehmen gefesselten Elemente an der Generalversammlung wirksam nicht verhindert werden kann. Schutzmittel, die dem einzelnen Aktionär in die Hand gegeben werden, bieten ihm nur die Möglichkeit, den Vorstand, Aufsichtsrat usw. zur Verantwortung zu ziehen, die aber ihrerseits wieder durch den Mehrheitsbeschluß gedeckt sind. Wenngleich die schweizerische Aktiengesetzgebung den einzelnen Aktionären Sonderrechte verleiht und die Haftung der Organe durch die Berufung auf den Mehrheitsbeschluß unberührt läßt, vermag das Problem des Minderheitsschutzes seiner Lösung doch erst dann näher zu kommen, wenn der Gedanke einer Mehrheitsverantwortlichkeit auch im Aktienrechte Eingang gefunden haben wird. Die Pflicht zur Offenlegung der Geschäftsgebarung kann nicht soweit gehen, daß hierdurch Geheimnisse preisgegeben werden, die mitunter den Erfolg geschäftlicher Tätigkeit verbürgen. Zeitweilige Geschäftsausweise, Mitteilung der Wahrheit entsprechender Jahresberichte und Rechnungsabschlüsse, Genauigkeit und Übersichtlichkeit der Bilanzen, rechtzeitige Bekanntgabe der für die Aktionäre bestimmten Mitteilungen, Auskunftspflicht an die einzelnen gleich jener, die der Generalversammlung gegenüber zu erfüllen ist, Ausgestaltung der Schadensersatzansprüche der Minderheit werden den berechtigten Interessen der Aktionäre förderlich sein. Ebenso lassen sich der Schutz gegen schwindelhafte Gründungen, die schonungslose Ahndung des Ausnützens gesellschaftlicher Vertrauensstellung zu privatem Vorteile, strenge Verantwortlichkeit gesellschaftlicher Organe der Verwaltung mit dem Grundsatze vereinigen, daß die lebendige Unternehmertätigkeit, die Entfaltung der wirtschaftlichen Kräfte, die Rührigkeit und Regsamkeit der Gesellschaft unangetastet bleiben muß.

2. Anwendung der Vorschriften des BGB. auf die AG.

a) Vgl. JDR. 2 Note 1 der allgemeinen Bemerkungen zu diesem Titel.

b) **RG.** Holdheims MSchr. **04** 136 (passim) wendet ohne nähere Begründung den § 35 BGB. auf die Sonderrechte der Aktionäre an.

3. Ausländische AG.en.

RG. DJZ. **04** 555, JW. **04** 232, BankA. 3 206: Zur Ausbeutung von mexikanischen Bergwerken war in Charleston (Nordamerika) eine AG. begründet, welche dort inkorporiert war, einen nominellen Sitz in Washington hatte, in Wirklichkeit aber von Hamburg aus geleitet wurde, wo auch der Verwaltungsrat seinen Sitz hatte. Die nach der Inkorporierung erfolgten Zeichnungen wurden wegen arglistiger Täuschung angefochten. Das RG. ließ die Anfechtung zu, weil die Gesellschaft als nicht rechtsfähiger Verein erscheine, und zwar deutsches Recht, aber nicht das deutsche Aktienrecht auf sie anzuwenden sei.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§ 179. Genußscheine.

1. Vgl. JDR. 2 Note 4 zu § 179.

2. Bett, Konkurs der AG. usw. 73: Die Genußscheine gewähren im Konkurse kein Gläubigerrecht. Der Anspruch aus ihnen ist, soweit er auf einen Teil des Gesellschaftsvermögens gerichtet ist, dadurch bedingt, daß es überhaupt zu einer Liquidation kommt und in solcher noch ein Rest verbleibt. Danach ist dessen Befriedigung im Konkurse nicht möglich.

3. OLG. Hamburg, BauersZ. **11** 200, HansGerZ. **04** Hauptbl. 101, Holdheims MSchr. **04** 178: Eine AG. hatte auf Grund von Vertragsabschlüssen mit den einzelnen Beteiligten Genußscheine ausgegeben, welche dem Inhaber einen bestimmten Anteil am Reingewinn und am Liquidationserlöse gewährten, und der AG. das Recht vorbehielten, bei ihrer Auflösung den Genußschein gegen eine Aktie einzutauschen. Diese Genußscheine sind nicht Schuldverschreibungen auf bestimmte Summen; vielmehr beteiligt die AG. durch ihre Ausgabe die einzelnen in Form eines Gesellschaftsverhältnisses an ihrem Handelsgewerbe. Das Verhältnis ist zwar keine stille Gesellschaft: dem steht die Übertragbarkeit der Scheine, sowie die Art und Weise entgegen, in der dem Gesetz und den Statuten gemäß der an die Interessenten zu verteilende Betrag des Reingewinns festgestellt wird. Immerhin hat es mit der stillen Gesellschaft vieles gemein. Die durch die Ausgabe der Scheine geschaffene Rechtslage ist die, daß die AG. als solche eine Anzahl anderer Personen gegen eine Kapitaleinlage an Gewinn und Verlust ihres Handelsgewerbes beteiligt hat, ohne sie zu ihren Mitgliedern zu machen. Sie schuldet den Genußscheininhabern also als Dritten die vertragsmäßig festgesetzten Teile ihres Reingewinns, soweit er in dem statutenmäßigen Wege für verteilbar erklärt wird.

§ 180. Literatur: Kleine Aktien. ZAktWes. **14** 101. — Festlegung von Aktien in bestimmten Händen. Das. **14** 221 ff.

1. ZAktWes. a. a. O. 101: Der Registerrichter muß sich in den Fällen des Abs. 2 mit der Vorlage der Genehmigung begnügen und ist nicht berechtigt, nachzuprüfen, ob die Voraussetzungen zur Erteilung der Genehmigung vorliegen.

2. ZAktWes. a. a. O. 221 erörtert die Vorzüge und Nachteile der verschiedenen Möglichkeiten, welche zu diesem Ziele führen können: Umwandlung aller oder eines Teiles der Aktien in vinkulierte Namensaktien, Begründung einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes oder einer GmbH. mit dem Zwecke, eine bestimmte Anzahl Aktien zu erwerben und dergestalt zu hinterlegen, daß die Auslieferung an die Zustimmung aller Beteiligten gebunden ist.

§ 182. 1. Zu Ziff. 1 vgl. unten Keßler zu § 309.

2. Zu Ziff. 4 vgl. unten Note 2bβ zu § 231.

§ 184. Literatur: BauersZ. **11** 150: Die Ausgabe junger Aktien mit Aufgeld nach der wirtschaftlichen Seite hin.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 197: Eine Ausgabe von Aktien zu einem höheren als dem Nominalbetrag ist nicht nur dann vorhanden, wenn ein den Nominalbetrag der Aktien übersteigender Barbetrag gezahlt wird, sondern auch dann, wenn der für die Aktie mittels irgendwelcher Leistungen gewährte Gegenwert den Nominalbetrag der Aktie übersteigt. § 195 Abs. 3 findet in solchen Fällen keine Anwendung. Im vorliegenden Falle hatte eine Bank eine andere übernommen und den Aktionären der übernommenen eigene junge Aktien gewährt. Das Gericht hat entschieden, daß das Agio, mit welchem diese jungen Aktien ausgegeben worden sind, in Höhe der Summe anzunehmen ist, um welche die alten Aktien der übernehmenden Bank bei der Übernahme über pari standen.

§ 186. Literatur: Bauers Z. **11** 149: Ein Beitrag zur Erläuterung des Begriffs „Gründergewinn".

1. Besonderer Vorteil i. S. des Abs. 1.

RG. Holdheims MSchr. **04** 165, JW. **04** 182, R. **04** 579, Bauers Z. **11** 222: Ein besonderer Vorteil im Sinne des § 186 Abs. 1 ist jede dem Aktionär außer seinen Mitgliedsansprüchen eingeräumte Begünstigung. Der dem einzelnen Aktionär durch Verträge zugewandte Vorteil bleibt auch dann bestehen, wenn die Abrede, die ihn betrifft, zugleich der Gesellschaft Nutzen bringt.

Ist der Vorteil nicht im Gesellschaftsvertrage bedungen, so ist er nach § 141 BGB. nichtig. Dieser Formmangel kann nur nach § 274 durch Statutenänderung behoben werden, formlose Genehmigung seitens der AG. genügt nicht.

2. Die Bestimmungen über die Sacheinlagen bei Statutenänderungen.

a) Vgl. JDR. **2** Note 2 zu § 186.

b) KG., KGJ. **27** A 226, Bauers Z. **11** 247: Die Festsetzung über die Sacheinlagen ist ein notwendiger Bestandteil des Gesellschaftsvertrags. Sie ist, sofern es sachlich dabei verbleibt, daß ein Teil des Grundkapitals nicht in bar, sondern in Einlagen geleistet worden ist, eine der dauernden Grundlagen der Existenz. Sie wird nicht durch die vollendete Einbringung gegenstandslos, sondern kann noch auf lange Zeit für die Bewertung der Aktien u. a. maßgebend sein. Deshalb dürfen die Bestimmungen über die Sacheinlagen auch bei Statutenänderungen nicht gestrichen werden.

3. Gründergewinn: Bauers Z. a. a. O. betont unter Anführung eines Beispiels, daß Gründergewinn nur die Vorteile sind, welche zu Lasten der Gesellschaft gezahlt werden.

§ 188. *E. F. Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte 96 ff. (vgl. zu § 158 BGB. und § 189 HGB.). Im Gegensatze zum beschränkten Zeichnungsscheine sind Übernahmeerklärungen unter Bedingungen oder Zeitbestimmungen nicht nichtig. Die Beschränkungen sind aber — analog wie bei der Zeichnung — nur im Verhältnisse der Gründer untereinander, nicht auch der Gesellschaft gegenüber wirksam.

§ 189. 1. Die rechtliche Bedeutung der Zeichnung.

Bett, Konkurs der AG. usw. 47: Die Zeichnung ist „einseitiger Beitrittsakt". Alle aus ihr fließenden Rechte und Pflichten sind selbständige Ausflüsse der Beitrittserklärung, nicht Leistung und Gegenleistung; im Anschluß und unter Berufung auf Lehmann, Aktienrecht I 344 ff.

2. Über die Anfechtbarkeit der Zeichnung von Aktien ausländischer AG.en s. Ziff. 2 der Allgemeinen Bemerkungen zum dritten Abschnitt.

3. *E. F. Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte 92 ff., führt aus, daß die Verpflichtungen des Zeichners den Gründern gegenüber erst mit der Annahme der Zeichnungserklärung, durch Vertrag, die Verpflichtungen der Gesellschaft gegenüber (wenn auch bedingt durch die Errichtung der Gesellschaft und befristet durch den Zeitpunkt, bis zu dem dies spätestens geschehen sein muß) bereits einseitig mit der Abgabe der Zeichnungserklärung entstehen (in Übereinstimmung mit Carl Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften I 336). Aus dieser Konstruktion folge die Unwirksamkeit von nicht in den Zeichnungsschein aufgenommenen Beschränkungen, insbes. Bedingungen und Zeitbestimmungen, der Gesellschaft, nicht aber den Gründern gegenüber.

§ 192. Literatur: Bauers Z. **11** 99: Der Bericht der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats über den Hergang der Gründung. — Das. **11** 174: Wie auf gesetzmäßiger Grundlage trotz Vorliegens einer Sachgründung die Gründungsrevisoren der Handelskammer ausgeschaltet werden können.

§ 195. Literatur: Fuld, Barzahlung oder Gutschrift, R. **04** 121 ff.

Genügt an Stelle der Barzahlung auf die Aktien Gutschrift per Bank?

*Fuld a. a. O.: Die Bestimmung erfordert, daß sowohl bei der ursprünglichen Gründung einer AG. als auch der späteren Kapitalerhöhung die zu leistenden Deckungen durch Barzahlung erfolgen; die Ersetzung der Barzahlung durch Bankgutschrift ist nicht gestattet, der Begriff muß im strengsten Sinne interpretiert werden, obwohl nicht zu verkennen ist, daß dies mitunter zu einem starren Formalismus führt. In der Praxis sind anscheinend die Ansichten geteilt, wie sich insbesondere aus den Verhandlungen des sog. Rheinauprozesses ergab, die in Mannheim stattfanden; indessen kann darauf keine Rücksicht genommen werden, die Rechtsprechung des Reichsgerichts steht auch auf dem Standpunkte der strengen Auffassung.

2. Mit dieser Auffassung stimmt überein ein in Bauers Z. **11** 74 abgedrucktes, nicht näher bezeichnetes LGUrteil.

§ 200. Ehrenberg, Iherings J. **44** 322: Die AG. entsteht zwar mit der ersten Eintragung, doch kann derjenige, welcher die Eintragung nicht kennt, nach § 15 ihre Geltung bis zur amtlichen Bekanntmachung der Eintragung von sich ablehnen, und über diesen Termin hinaus, soweit er seine Nichtkenntnis usw. von der Eintragung nachweist.

§ 201. Literatur: Haas, Zu § 46 des badischen Rechtspolizeikostengesetzes, BadRpr. **04** 33. — Kosten der Eintragung der Zweigniederlassung einer außerbadischen AG.; vgl. auch a. a. O. 116.

1. Die Erfordernisse der Eintragung.

KG., KGJ. **26** A 225, Bauers Z. **11** 132, BankA. **3** 174, Goldschmidts Z. **55** 386, Holdheims MSchr. **04** 200, OLG. **8** 285, RJA. **4** 95, ZAktWes. **14** 172: Bei der Anmeldung einer Zweigniederlassung zur Eintragung braucht der Gesellschaftsvertrag nur in seiner dann gültigen Form vorgelegt zu werden, frühere Fassungen können fortbleiben. Der Zweck der Eintragung besteht darin, den Beteiligten die Kenntnisnahme von den Rechtsverhältnissen der Gesellschaft auch bei dem Gerichte der Zweigniederlassung zu ermöglichen. Dieser Zweck wird durch die Einreichung des Vertrags in der z. Z. gültigen Form erreicht. Die Beschlüsse, auf denen die neue Fassung beruht, müssen jedoch in beglaubigter Abschrift vorgelegt werden.

2. Eintragungsgebühr.

KG., KGJ. **26** A 527, Bauers Z. **11** 129, **12** 36: Bei Eintragung der Zweigniederlassung einer außerpreußischen AG. in Preußen ist die Gebühr nur nach dem Anlage- und Betriebskapital der Zweigniederlassung zu berechnen.

3. Die Selbständigkeit der Zweigniederlassung im Grundbuchverkehr.

a) Vgl. JDR. **2** Note 6 zu § 201 HGB.

b) Gegen die Ansicht, daß eine Hypothek auf die Firma der Zweigniederlassung eingetragen werden kann:

α. KG., Holdheims MSchr. **04** 22, BankA. **3** 96, Bauers Z. **11** 151: Die Zweigniederlassung führt kein selbständiges Rechtsdasein; sie kann also auch nicht als eine besondere Gläubigerin für eine in ihrem Betriebe für die AG. erworbene Post im Grundbuch eingetragen werden.

β. BayObLG., ZBlFrG. **5** 183, Bauers Z. **12** 8, BankA. **3** 206: Eine Hypothek kann nicht auf den Namen einer Zweigniederlassung eingetragen werden. Die Zweigniederlassung hat zwar eine gewisse Selbständigkeit, aber keine eigene rechtliche Persönlichkeit. Rechtsgeschäfte zwischen ihr und den Hauptniederlassungen sind nicht möglich. Die Überweisung von Vermögensbestandteilen zwischen ihnen

ist keine rechtsgeschäftliche Verfügung, sondern eine Maßregel der inneren Verwaltung, die nur für die Geschäftsverteilung unter den Angestellten und die Buchführung Bedeutung hat: Gläubigerin ist die AG.

c) Für die Zulässigkeit:

α. KG., KGJ. **28** A 87, Holdheims MSchr. **04** 182, ZBlFrG. **5** 433, RJA. **4** 224: Die Zweigniederlassung einer AG. kann zwar nicht als der eigentliche Gläubiger einer Hypothek im Grundbuch eingetragen werden, denn Gläubiger ist die AG.; es unterliegt aber keinem Bedenken, neben der Firma der Hauptniederlassung die der Zweigniederlassung einzutragen. Das Gesetz schweigt darüber (§ 1115 BGB.); es besteht aber kein Grund, diesen Zusatz, der für große Institute zur Kenntlichmachung der Zugehörigkeit des betreffenden Vermögensgegenstandes zu einer bestimmten abgetrennten Abteilung des Instituts erwünscht sein mag, für rechtlich unzulässig zu erklären. Um zu erreichen, daß alle Benachrichtigungen der Zweigniederlassung zugehen, empfiehlt es sich, diese als Zustellungsbevollmächtigte (ZVG. §§ 5, 19[2]) zu bestellen.

β. Zustimmend OLG. Dresden, SächsOLG. **25** 156, ZAktWes. **14** 69, Holdheims MSchr. **04** 22, BankA. **3** 95, Bauers Z. **11** 85.

§ 205. Bett, Konkurs der AG. usw. 58: Der Konkursverwalter ist an die fünfjährige Frist nicht gebunden.

§ 207. Literatur: Krüger, Die Nachgründung im deutschen Aktienrecht, Diss. Gött. — Bauers Z. **11** 174: Wie auf gesetzmäßiger Grundlage trotz Vorliegens einer Sachgründung die Gründungsrevisoren der Handelskammer ausgeschaltet werden können.

Krüger a. a. O.: Die Vorschriften über die Nachgründung sollen einer Umgehung der für „Übernahmeverträge während der Gründung" aufgestellten Kautelen vorbeugen, und ferner, da sie deren Umgehung nicht gänzlich verhindern können, die Übernahmeverträge der AG. möglichst gefahrlos für diese gestalten (5). Es ist zu unterscheiden zwischen der einfachen (§ 207) und der qualifizierten Nachgründung (§ 208).

Die einfache Nachgründung ist beschränkt hinsichtlich ihres Objekts, dessen Wertes und der Zeit des Vertragsabschlusses. Sie ist gegenseitiger obligatorischer Vertrag und muß abgeschlossen sein nach der Eintragung (nicht auch zwischen Errichtung und Eintragung, so Makower I d zu § 207). Der Begriff der Anlage läßt sich im einzelnen weder positiv, noch negativ (anders Staub, Linz, Behrend u. a.) definieren; gedacht ist an Betriebsgegenstände von dauerndem höheren Wert (9 ff.). Der Erwerb eines Grundstücks, welches dauernd zum Geschäftsbetriebe bestimmt ist, erscheint beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen auch dann als Gegenstand eines Nachgründungsvertrags, wenn der Erwerb von Grundstücken den Gegenstand des Unternehmens einer AG. bildet (14). Die Verweigerung der Zustimmung der Generalversammlung zu dem Vertrage hat keine dingliche Wirkung (so Staub Anm 5 § 207, Pinner Note IV u. a.). Daher kann der Grundbuchrichter in diesem Falle eine auf Grund des Vertrags beantragte Eintragung nicht verweigern (33 Anm. 2). — Der Registerrichter hat nicht zu prüfen, ob der Nachgründungsvertrag seinem Inhalte nach zulässig ist, ebensowenig, wie Inhalt des Aufsichtsratsberichts und Rechtsgültigkeit des Generalversammlungsbeschlusses (39 f.).

Die qualifizierte Nachgründung ist gleichfalls ein obligatorischer Vertrag (43). Das Gesetz spricht zwar vom „Erwerb von Vermögensgegenständen", will aber gleichwohl nicht an den dinglichen Erwerb anknüpfen. Dies folgt daraus, daß es die AG. vor einer Schädigung durch den Erwerb schützen will, der dingliche Erwerb an sich aber die Gesellschaft nicht zu schädigen vermag, sondern nur das vorhergehende Kausalgeschäft. — Das Nachgründungsgeschäft muß nicht rechtlich, aber tatsächlich auf Vereinbarungen vor der Eintragung beruhen in der

Weise, daß es die Ausführung der Gründervereinbarung darstellt (44). Die qualifizierte Nachgründung ist nach §§ 202, 205 f. zu beurteilen, soweit sie gleichzeitig die Bedingungen des § 207 erfüllt, sind auch die dort angeordneten Vorsichtsmaßnahmen auf sie anwendbar (47 ff.).

Zweiter Titel. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

Allgemeine Bemerkungen.

Literatur: Aktionär und Gläubiger im Konkurse der AG., ZAktWes. **14** 211.

1. Die Sonderrechte der Aktionäre. Über ein Sonderrecht auf Auflösung der AG. vgl. Note 1 zu § 292 (RG.).

2. Die Stellung der Aktionäre zum Vermögen der AG.

a) Vgl. JDR. **2** Note 2 zu §§ 210 ff. HGB.

b) Bett, Konkurs der AG. usw. 65, wendet sich gegen Burkas (zitiert bei a), Burkas verkennt die Natur des Reservefonds, sowie die Tatsache, daß die AG. eine juristische Person ist.

c) ZAktWes. a. a. O. wendet sich gegen Burkas. Die AG. ist juristische Person; der Reservefonds ist lediglich ein Reservekonto.

§ 210. Literatur: Bunz, Der Gütererwerb für die tote Hand. Sind AG.en den Beschränkungen des Art. 140 des Württemb. Ausführungsgesetzes zum BGB. unterworfen? Württ. Z. **46** 23 ff.

1. Erwerbsbeschränkungen.

Bunz a. a. O. verneint nach der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaute des Art. 140 die in dem Titel seines Aufsatzes aufgeworfene Frage.

2. Die Ausübung politischer Rechte durch die AG.

PrOVG., Holdheims MSchr. **04** 51, DJZ. **04** 319, ZAktWes. **14** 871, BauersZ. **11** 122: Die verfassungsmäßigen Organe, Repräsentanten und Generalbevollmächtigten der juristischen Personen, AG.en usw. gehören zu den nach § 46 der Landgemeindeordnung für die östlichen Provinzen zur Stellvertretung Berechtigten und dürfen nach § 50 letzter Satz a. a. O. zu Gemeindevertretern gewählt werden, wie die Geschichte des Gesetzes ergibt. Gemeindeverordneter ist aber nicht die juristische Person, sondern der Gewählte persönlich, auch wenn er seine Vertretungsbefugnis mit seiner Stellung bei der juristischen Person verliert. Wird die AG. nach § 232 nur durch mehrere Personen gemeinschaftlich vertreten, so kann gleichwohl nur eine physische Person gewählt werden: in diesem Falle muß von dem zur Vertretung der AG. berufenen Organe das Einverständnis der AG. mit der Wahl und damit auch mit dem Umstande, daß der Gewählte allein ihre Interessen wahrnehmen soll, erklärt werden.

§§ 211 ff. Literatur: BauersZ. **11** 247: Beispiel der Umwandlung von Stammaktien in Vorzugsaktien und zwar gegen Zuzahlung einer bestimmten Summe. — Das. **11** 269: Ein weiteres Beispiel einer Zusammenlegung von Aktien und einer Erhöhung des Grundkapitals nebst Kritik.

Leist a. a. O. 18 ff.: Während nach dem alten HGB. ein Aktionär zu anderen Leistungen als zur Zahlung des Ausgabebetrags seiner Aktien nur durch Nebenvertrag verpflichtet werden konnte, ist das autonome Besteuerungs- und Befrohndungsrecht der AG.en durch den Wortlaut des neuen HGB. nur insofern beschränkt, als den Aktionären wiederkehrende, nicht in Geld bestehende Leistungen nicht ohne ihre Zustimmung auferlegt werden können.

§ 212. Literatur: Ebert, Die Nebenleistungs-Aktiengesellschaft. Diss. Leipzig.

1. Vgl. JDR. **2** Note 1 bis 4 zu § 212.

2. *Ebert a. a. O.: Die Nebenleistungspflicht des § 212 ist eine gesellschaftliche Verpflichtung. Außer den Verpflichtungen, die den Aktionären nach §§ 211, 212 auferlegt werden können bzw. müssen, dürfen, abgesehen von Zins-,

Vertragsstrafen- und Schädenforderungen zu Lasten des Aktionärs, gesellschaftliche Verpflichtungen anderer Art statutarisch nicht begründet werden. Geschieht es trotzdem, sind die betr. Statutenbestimmungen nichtig. Außerhalb des aktienrechtlichen Verhältnisses kann jedoch die AG. mit ihren Aktionären als dritten Personen Verträge jeder Art schließen, ohne daß dabei die Schranken der §§ 211 f. in Frage kämen (55).

In Ergänzung des Statuts finden auf das Nebenleistungsverhältnis die allgemeinen Vorschriften des BGB. und HGB. über Schuldverhältnisse Anwendung (90), per analogiam auch die allgemeinen Rechtssätze des bürgerlichen und Handelsrechts über gegenseitige Schuldverhältnisse aus Verträgen, insbesondere die §§ 320 ff. des BGB. Auf das Nebenleistungsverhältnis sind endlich diejenigen besonderen Rechtssätze des BGB. über „einzelne Schuldverhältnisse" analog ergänzend anzuwenden, welche auf das nämliche Verhältnis Anwendung finden würden, wenn dasselbe durch Vertrag begründet worden wäre (90).

Leistungen im Sinne des § 212 sind vermögensrechtliche Leistungen, die eine persönliche Qualifikation voraussetzen dürfen (62). Die Leistungen können darauf gehen, Rechte sowie bewegliche und unbewegliche Sachen der Gesellschaft zu übereignen oder zum Gebrauch oder zur Nutzung zu überlassen. Gegenstand der Leistung kann auch jede Tätigkeit sein, die der Aktionär im wirtschaftlichen Interesse der Gesellschaft übernimmt (63). Die wiederkehrenden Leistungen brauchen nur einmal wiederzukehren, „immerwährende Leistungen" gibt es nicht (66). In Geld bestehende Leistungen sind alle solche Leistungen, die nach Absicht der Parteien in ihrem Endzwecke zu in Geld bestehenden Leistungen führen sollen, Wechsel 2c. (69).

Inhalt und Umfang des Nebenleistungsverhältnisses muß nach den Statutenbestimmungen mindestens bestimmbar sein, BGB. §§ 315 ff. (75).

Eine Vergütung für die Nebenleistungen braucht nicht gewährt zu werden, kann aber kraft gesetzlicher Gestattung auch dann gewährt werden, wenn das Statut über die Vergütung keinerlei Bestimmungen enthält (79). Das Statut kann die Entscheidung darüber, ob bzw. in welcher Höhe eine Vergütung zu gewähren ist, von der finanziellen Lage der Gesellschaft abhängig machen (81).

Der Wert der Leistungen im Sinne des § 216 ist der gemeine Wert, und zwar der Marktpreis an dem Orte, wo die Leistung erfolgt (82). Ist eine den Wert der Leistungen übersteigende Vergütung gewährt worden, so haftet der Aktionär für das zuviel Empfangene sowohl der AG. als den Gesellschaftsgläubigern (84). Die Gewährung einer den Wert der Leistungen übersteigenden Vergütung aus dem Reingewinn ist unzulässig (85).

Auch auf die im Statute festgesetzte Vertragsstrafe (der Begriff ist im Sinne des BGB. zu verstehen) finden die Vorschriften des BGB. und HGB. ergänzend analoge Anwendung (100).

Die Vorschrift bezüglich der Übertragung der Mitgliedschaft ist auf alle Fälle freiwilligen oder unfreiwilligen, kraft besonderen Übertragungsakts oder ohne solchen erfolgenden Überganges der Mitgliedschaft (Erbfolge, Zwangsverkauf) zu beziehen (105). Die Pfändung der Nebenleistungsaktie bedarf der Zustimmung der Gesellschaft nicht (107).

Die Nebenleistungsaktie bzw. der Nebenleistungsinterimsschein, aus denen die Verpflichtung und der Umfang der Nebenleistungen nicht ersichtlich ist, ist nichtig. Die Mitgliedschaft ist in diesem Falle unübertragbar (118).

Der im § 276 enthaltene Grundsatz gilt nicht nur für die Begründung, sondern jede Erweiterung und Erschwerung der Nebenleistungspflicht und der Vertragsstrafen des § 212. Dagegen ist die Aufhebung und Erleichterung der Nebenleistungspflicht, die Erhöhung, Herabsetzung und Aufhebung des Vergütungs-

anspruchs grundsätzlich kraft Mehrheitswillens zulässig (120 ff.). Zur Veränderung der Nebenleistungsverpflichtungen des Aktionärs bedarf es zunächst einer Statutenänderung nach § 274. Zur Aufhebung, Herabsetzung, Erleichterung der Nebenleistungen ist die Statutenänderung genügend, zur Begründung, Erhöhung, Erschwerung bedarf es außerdem noch der ausdrücklichen Zustimmung der Aktionäre, welche von der neu aufzuerlegenden Nebenleistungspflicht betroffen werden sollen (122 f.).

3. Zu welchen Leistungen kann der Aktionär verpflichtet werden?

Leist a. a. O. 18 ff. unter Anfechtung der JDR. **2** Nr. 3a zu § 212 HGB. mitgeteilten Entscheidung des KG.: Nach § 212 kann den Aktionären die Verpflichtung sowohl zu Leistungen, wie zu Unterlassungen auferlegt werden; die Aktionäre können zu regelmäßig wiederkehrenden, auch zu Dienstleistungen, wie zu ununterbrochenen, nicht dagegen zu einmaligen Leistungen herangezogen werden.

Zu den nach Abs. 2 zugelassenen Vertragsstrafen ist die Kaduzierung zu rechnen; näheres darüber 102 f. a. a. O.

4. Die RübenAG. alten Rechts.

RG. BraunschZ. **51** 188: Die am 1. 1. 00 vorhandenen Gesellschaften, deren Satzungen keine gültigen Bestimmungen über die Lieferungspflicht der Aktionäre enthielten, sind solchen Gesellschaften gleichzuachten, deren Satzungen derartige Bestimmungen überhaupt nicht enthielten, und es bedarf bei ihnen zur Einführung der gesellschaftlichen Rübenlieferungspflicht der Zustimmung sämtlicher von der Verpflichtung betroffenen Aktionäre.

§ 213. Literatur: Fuld, Der Dividendenanspruch, ZAktWes. **14** 125. — Der Dividendenanspruch, ZAktWes. **14** 29 ff.

1. Allgemeines.

Leist a. a. O. 65: § 213 läßt eine doppelte Auslegung zu; er kann entweder besagen, daß die Aktionäre von dem Vermögen der AG. bei Beschlußfassungen in der Generalversammlung lediglich den Reingewinn für sich in Anspruch nehmen dürfen, oder aber daß jeder Aktionär ein Recht auf den nach § 214 zu berechnenden Teil am Reingewinne haben soll. Für beide Auslegungen sprechen erhebliche Gründe; die zweite Auffassung ist die herrschende, doch neigen bereits einige Erkenntnisse zu der ersteren. — Der Gesellschaftsvertrag kann die Ansprüche auf den Reingewinn gänzlich ausschließen (74). Auch soweit dies nicht geschehen ist, steht dem Aktionär nach dem Gesetze kein Mittel zu, die Generalversammlung zu zwingen, einen Beschluß über die Festsetzung und Verteilung des Reingewinns zu fassen (72).

Neben dem Anspruch auf den Reingewinn werden den Aktionären nicht selten Vorteile zugewendet, ohne Rücksicht darauf, ob das Unternehmen einen Reingewinn abwirft, oder nicht, z. B. freier Eintritt in einen der Gesellschaft gehörenden zoologischen Garten oder ein Theater. Das statutarische Recht kann ihnen durch Statutenänderung entzogen werden (85).

2. Der Dividendenanspruch.

a) ZAktWes. a. a. O.: Der Dividendenanspruch ist bedingt, einmal dadurch, daß der Reingewinn nicht nach Gesetz oder Gesellschaftsvertrag von der Verteilung ausgeschlossen ist, sodann dadurch, daß ein Generalversammlungsbeschluß vorliegt, durch welchen die Verteilung des Reingewinns angeordnet wird. Er ist unabhängig davon, ob flüssige Mittel vorhanden sind, und kann auch im Konkurse geltend gemacht werden. Der verkehrsübliche Dividendenschein kann als Namens- oder Inhaberpapier ausgestellt werden.

b) Fuld a. a. O.: Mit Eintritt der vorstehend angegebenen Bedingungen entsteht der Anspruch auf Dividende als Gläubigerrecht; er wird durch die

späteren Schicksale der Gesellschaft nicht berührt, und kann durch Klage gegen die Gesellschaft geltend gemacht werden. Andererseits bedarf es nicht einer Klage des Aktionärs, um einen Beschluß der Generalversammlung anzufechten, durch welchen ein früher in bezug auf die Dividendenverteilung ergangener Beschluß für unwirksam erklärt wird. Denn dieser zweite Beschluß ist ohne weiteres nichtig, weil er mit zwingenden Vorschriften des Aktienrechts in Widerspruch steht und in die Gläubigerrechte in unstatthafter Weise eingreift.

Will jemand auf Grund des § 217 Ansprüche auf Rückzahlung der Dividende erheben, so hat er den bösen Glauben des Empfängers zu beweisen (a. A. die herrschende Meinung). Der Dividendenanspruch unterliegt der Anfechtung nach den gewöhnlichen Vorschriften. Ebenso wie nach diesen das Empfangene kondiziert werden kann, ist die Bereicherungsklage gegeben, wenn der Beschluß, auf Grund dessen die Dividende verteilt worden ist, im Klagewege mit Erfolg angefochten worden ist.

c) Bett, Konkurs der AG. 68: Der Anspruch auf Reingewinn wird gewöhnliches Forderungsrecht, sobald die Generalversammlung die zur Verteilung kommende Dividende festgesetzt hat.

§ 214. Über das Verhältnis von § 214 Abs. 3 zu § 185 HGB. vgl. Leist a. a. O. 78.

§ 215. Literatur: Rehm, Fälle zulässiger Übernahmen von Dividendengarantien für den eigenen Betrieb durch AG.en und Gesellschaften mbH. Goldschmidts Z. **55** 460 f.

1. Rehm a. a. O.: Verboten und nichtig mit den Folgen von BGB. §§ 134, 139, 309 ist die unbedingte Zusicherung und Auszahlung von Zinsen nur, soweit es sich um neue Einlagen, Einlageerhöhungen und Nachschüsse handelt. Dagegen darf die AG. Zinsen für eigene Aktien garantieren, wenn sie dieselben im Wege des Verkaufs, Tausches, der Hingabe an Erfüllungsstatt, der Illation in eine Gesellschaft, der Vermietung, Verpfändung oder sonst (z. B. Nießbrauchbestellung) gegen Entgelt weggibt. — Die Aktionäre als solche haben nur Anspruch auf den Reingewinn, auch dürfen ihnen keine Zinsen unabhängig von dem Geschäftsergebnisse garantiert werden. Sobald der Aktionär die Aktie jedoch nicht in seiner Eigenschaft als Aktionär, also durch Zeichnung oder Ausübung eines Bezugsrechts erwirbt, sondern wie jemand, der der AG. fremd gegenübersteht durch Kauf usw., fällt die Beschränkung des § 215 fort. Dies folgt aus dem Zwecke der Vorschrift, welche eine versteckte Rückzahlung aus dem Stammkapital an die Aktionäre verhindern soll, sowie aus ihrer Stellung in dem Titel „Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter", und ihrem Zusammenhange mit den §§ 212 ff. — Man darf nicht einwenden, daß das Verhältnis, in welchem der Aktionär zur AG. als Dritter steht, dadurch zu einem Verhältnisse zwischen Verein und Mitglied als solchem wird, wenn Gegenstand des Verhältnisses eigene Aktien der Gesellschaft sind. Dies steht in Widerspruch mit dem Inhalte des § 215 und mit allgemeinen Erwägungen — was wirtschaftlich gleich wirkt, ist im Zweifel auch rechtlich gleich zu behandeln. Dagegen spricht auch, daß diejenigen, welche die Garantie für gezeichnete und die Garantie für verkaufte eigene Aktien rechtlich einander gleichstellen, auch die für die veräußerten eigenen Aktien erhaltene Kaufsumme rechtlich als Einzahlung auf die Aktie, Einlage, behandeln müßten, was gegen das Gesetz wäre. Die Literatur und Gerichtspraxis (Lehmann II 426, 54, 46; **RG. 7** 86 f.) ist im Grunde mit der hier vertretenen Ansicht nicht in Widerspruch.

2. Dividendengarantie durch Dritte.

PrOVG., DJZ. **04** 1040 f., Bauers Z. **12** 59 f.: Zwar nicht die AG., wohl aber ein Dritter kann eine Gewinngarantie übernehmen. Sie ist entweder Rentabilitätsgarantie: dann ist der Dritte der AG. verpflichtet, etwaige Fehlbeträge

bis zu der vereinbarten Höhe zu decken, und der Gesellschaft steht es frei, ob sie die von dem Dritten gezahlte Summe an die Aktionäre verteilen, oder in anderer Weise zugunsten des Unternehmens verwerten will; — oder sie ist Renten- oder Dividendengarantie; aus dieser erwerben die Aktionäre direkt Rechte, einerlei ob der Garantievertrag mit der Gesellschaft oder den Aktionären abgeschlossen ist. Die auf Grund von Verträgen der letzten beiden an die Gesellschaft gezahlten Summen sind nicht als Einkommen der AG. zu versteuern.

§ 219. 1. Vgl. JDR. 2 Note 1 zu § 219.

2. Leist a. a. O. 100: Es ist zweifelhaft, ob das Verfahren gegen alle säumigen Aktionäre eingeleitet werden muß, oder ob unter den säumigen eine Auswahl getroffen werden kann. Zweifelhaft ist auch, ob das einmal begonnene Verfahren durchgeführt werden muß.

§ 222. OLG. Braunschweig, BraunschZ. **51** 71 ff.: Die Vorschrift des Abs. 4 ist zwingend, ihre Nichtbefolgung zieht die Ungültigkeit der ohne sie erfolgten Übertragung von Aktien nach sich. Dies gilt insbesondere von dem Erfordernisse der Zustimmung der Generalversammlung, von welchem auch das Statut eine Ausnahme nicht zulassen kann.

§ 227. Leist a. a. O.: Die Bedingungen der Amortisation brauchen nicht im voraus festgelegt zu werden. Zulässig ist auf Grund des § 227 u. a. die Bestimmung, daß die Generalversammlung oder auch ein anderes Gesellschaftsorgan gegen Aktionäre, die gegen die Interessen der Gesellschaft handeln, oder auch völlig nach freiem Ermessen und ohne Angabe von Gründen die Einziehung der Aktien verfügen darf (103). — Allerdings muß jedoch diese Bestimmung im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder einer vor Zeichnung der Aktien verwirkten Änderung des Vertrags enthalten sein (110). — Es steht nichts entgegen, daß der Gesellschaftsvertrag die Einziehung ohne Entgelt oder gegen ein scheinbares Entgelt anordnet oder gestattet, und daß, wenn er ein Entgelt verheißt, die Höhe desselben durch den Vertrag nach Belieben bestimmt oder der Bestimmung durch ein Gesellschaftsorgan überlassen wird (131). — Daß die Einziehung, wenn ihre im Gesellschaftsvertrag angegebenen Voraussetzungen bei mehreren Mitgliedern einer AG. eingetreten sind, ihnen gegenüber gleichmäßig erfolgen müsse, läßt sich aus § 227 nicht entnehmen (107).

Dritter Titel. Verfassung und Geschäftsführung.

Literatur: Broicher, Über die Rechtsstellung des mehrgliedrigen Vereinsvorstandes eines rechtsfähigen Vereins, AbürgR. **24** 192. — Bauers Z. **11** 74: Die Kollektivvertretung der Direktoren zwingt nur zum gemeinsamen Handeln nach außen, aber nicht nach innen. — Das. **11** 146: Über die Gültigkeit eines Konkurrenzverbots, welchem sich ein ausgeschiedener Direktor oder Geschäftsführer vertraglich unterworfen hat. — Das. **11** 169: Über den Gehaltsanspruch desjenigen Direktors oder Geschäftsführers, welcher zu einer militärischen Übung eingezogen worden ist. — Das. **11** 193: Darf ein kollektivzeichnender Direktor einer AG. bzw. Geschäftsführer einer Ges. m. b. H. selbständig die Generalversammlung berufen? — Das. **11** 194: Vom Rechte des Vorstandes zur Zusammenberufung des Aufsichtsrats. — Das. **11** 217: Das von dem Direktor eingegangene Konkurrenzverbot erlischt mit der Auflösung der AG. — Das. **11** 220: Darf sich der Aufsichtsrat in dem mit dem Vorstande geschlossenen Anstellungsvertrage das Recht der Oberleitung ausbedingen, wenn das Statut oder ein Versammlungsbeschluß solches nicht rechtfertigt? — Das. **11** 241: Die Entziehung des den Vorstandsmitgliedern verliehenen Rechtes der Einzelzeichnung und Einzelvertretung. — Das. **11** 267: Wann kann der Registerrichter einen kollektivzeichnenden Direktor nicht zu Ordnungsstrafen anhalten? — Das. **12** 1: Sofortige Entlassung eines Vorstandsmitglieds, das bei seiner Bewerbung eine Bestrafung wegen Urkundenfälschung verschwieg. — Das. 2: Ein Direktor, welcher außerstande ist, sich bei seinen Angestellten den notwendigen Gehorsam zu verschaffen, darf dieserhalb entlassen werden. — Das. 28: Inwiefern berechtigt das Betrunkensein eines Direktors den Aufsichtsrat, den Dienstvertrag mit dem ersteren vorzeitig zu lösen? — Das. 49: Der Aufsichtsrat vermag nicht höhere Leistungen von einem Direktor zu verlangen, wenn er dessen bedingte Tauglichkeit von Anfang an kannte.

Angestellte: Pro et contra, Holdheims MSchr. 04 234, ⇒ enthält anregende Bemerkungen zu der Frage, ob eine AG. dadurch, daß sie Angestellten bzw. Agenten Titel, wie „Subdirektor" usw., verleiht, Gefahr läuft, Dritten gegenüber für die Handlungen der Angestellten haftbar zu werden. ⇐

§§ 231, 232. 1. Vorstand einer Zweigniederlassung.

a) Vgl. JDR. 2 Note 1 zu § 231 und oben Note 3 zu § 201.

b) **RG.** JW. 04 297, Bauers Z. 11 222: Dadurch, daß bei einem Rechtsgeschäfte zum Ausdrucke gebracht wird, daß es zum Bereiche der Zweigniederlassung einer AG. gehört, wird die Entstehung der Gläubigerrechte in der Person der AG. nicht verhindert. Denn jene Bezeichnung bedeutet nicht, daß die Rechte aus dem Geschäfte für die genannte Filiale als selbständiges Rechtssubjekt begründet werden sollten. Bezeichnen sich die zur Vertretung der Zweigniederlassung Berufenen als „Direktoren" derselben, so ist das nicht dahin zu verstehen, daß sie die Filiale als Gläubigerin vermöge einer ihnen etwa für diese zustehenden selbständigen Vertretungsbefugnis als Willensorgan derselben vertreten hätten, sondern es kann nur die Bedeutung haben, daß die genannten Personen als vom Vorstande der AG. bevollmächtigte Leiter der Filiale derselben kraft dieser Vollmacht die fraglichen Rechtshandlungen für die AG. vorgenommen haben.

2. Das Verhältnis zwischen Vorstand und Gesellschaft.

a) Vgl. JDR. 2 Note 2 zu § 231.

b) Die Anstellung.

α. Bauers Z. 12 1: Ein Vorstandsmitglied, welches bei seiner Bewerbung eine Bestrafung wegen Urkundenfälschung verschweigt, macht sich einer arglistigen Täuschung schuldig. Der Anstellungsvertrag ist anfechtbar.

β. **RG.** JW. 04 100, R. 04 256, BankA. 3 95, Bauers Z. 11 148, Holdheims MSchr. 04 75, SächsA. 14 216, ZAktWes. 14 87: Die Anstellung des Vorstandes einer AG. muß, wenn das Statut der Gesellschaft nichts anderes bestimmt, oder wenn nicht einzelne Mitglieder des Aufsichtsrats durch die übrigen ausdrücklich bevollmächtigt werden, durch sämtliche Mitglieder des Aufsichtsrats erfolgen.

c) Das Verhältnis zum Aufsichtsrate.

α. Bauers Z. 11 220: Ist dem Aufsichtsrate durch das Statut keinerlei Befehlsrecht gegenüber dem Vorstand eingeräumt, so bleibt eine Verpflichtung des Vorstandes im Anstellungsvertrage, die Instruktion des Aufsichtsrats einzuholen und zu befolgen, ohne rechtliche Wirkung. In diesem Falle ist das Verhältnis zwischen beiden Organen lediglich nach § 235 zu beurteilen.

β. Bauers Z. 11 194: Der Vorstand hat, mangels einer entgegengesetzten statutarischen Bestimmung, nicht das Recht, den Aufsichtsrat zusammenzurufen.

d) Anspruch auf Gehalt während militärischer Übungen.

Bauers Z. 11 169: Ob ein Direktor während seiner militärischen Übung Gehalt verlangen kann, hängt davon ab, ob ihn ein Verschulden trifft, und ob er durch die Übung nicht zu lange seinen Pflichten entzogen wird (s. § 616 BGB.). Die erstere Frage kann auftauchen nur da, wo die Übung freiwillig geleistet wird. Die letztere ist je nach den tatsächlichen Verhältnissen verschieden zu beantworten.

e) Beendigung des Verhältnisses.

α. Kündigung durch den Vorstand.

αα. Bauers Z. 12 49: Wird jemand zum Vorstandsmitgliede berufen, obwohl sich der Anstellende nach seinen Erklärungen sagen mußte, daß seine Tauglichkeit zu dem fraglichen Amte zweifelhaft sei, so kann er nicht ohne weiteres entlassen werden, weil er seine Stellung nicht auszufüllen vermag.

ββ. Bauers Z. 12 28: Gelegentliche Betrunkenheit im Dienste berechtigt nicht

zur vorzeitigen Entlassung eines Vorstandsmitglieds (Brauereidirektors), solange derselbe nicht infolge des Trunkes einen allgemeinen Mangel an Umsicht, Fleiß, Sorgfalt und Urteilsfähigkeit zu erkennen gibt.

γγ. BauersZ. **12** 2: Als ein Entlassungsgrund muß es gelten, wenn der Vorstand die ihm unterstellten Angestellten nicht zu ordnungsmäßiger Arbeit und Gehorsam gegenüber seinen Anordnungen anzuhalten vermag.

β. Kündigung durch den Vorstand.

αα. BauersZ. **11** 241: Wird einem mit dem Rechte zur Einzelvertretung angestellten Vorstandsmitgliede das Recht der Einzelvertretung entzogen, so ist er berechtigt, aus diesem „wichtigen Grunde" das Verhältnis vorzeitig zu lösen. Er hat einen Anspruch auf Schadensersatz, wenn er keinen Anlaß zu jener Maßnahme gegeben hat.

ββ. Vgl. auch unten Note 2 zu § 240.

3. Die Vertretung der AG. durch den Vorstand.

a) Wegen der Ausübung politischer Rechte vgl. oben Note 2 zu § 210.

b) Über die Stellung des Vorstandes im Konkurse der AG. vgl. Note 2 zu § 293.

c) **RG. 57** 42, BauersZ. **12** 52 f.: Eine AG. hat dafür aufzukommen, wenn ihr technischer Betriebsleiter fahrlässig die unberechtigte Verwendung eines patentierten Verfahrens in ihrem Betriebe zuläßt. Der Betriebsleiter ist ihr Willensorgan in bezug auf ihren gewerbetechnischen Betrieb und vertritt sie in dem ihm zugewiesenen Geschäftskreise.

d) Vgl. auch unten Note 2 zu § 234.

4. Kollektivvertretung.

a) BauersZ. **11** 74: Sind zwei Vorstandsmitglieder nur gemeinsam zur Vertretung der Gesellschaft berufen, so können sie — vorausgesetzt, daß keine Arbeitsteilung vorgesehen ist oder Beschränkungen auf dem im § 235 vorgesehenen Wege erfolgt sind — gleichwohl nach innen selbständig handeln. Dies gilt namentlich in bezug auf die Buchführung und Korrespondenz, hinsichtlich der Gesamtkontrolle des Betriebs, des Verkehrs mit der Kundschaft und den Angestellten; — vgl. IDR. 2 Nr. 2 zu § 48 HGB. bezüglich der Gesamtprokura.

b) Das. **11** 193: Jeder von ihnen ist befugt, die Generalversammlung zu berufen. Die Berufung ist keine Vertretungshandlung, sondern innere Gesellschaftsangelegenheit.

c) **RG.** BauersZ. **11** 181, JW. **04** 167 folgert aus § 31 BGB., daß auch dann, wenn die Funktionen der beiden gemeinsam zur Vertretung der AG. berufenen Vorstandsmitglieder geteilt sind, indem der eine die Fabrikation, der andere den kaufmännischen Betrieb leitet, die Gesellschaft für den Schaden haftet, der dadurch entsteht, daß durch eine gesetzwidrige Anordnung in der Fabrik eine Gesundheitsbeschädigung verursacht wird.

5. Der Prokurist gesetzlicher Vertreter der AG.?

RG. ZBlFrG. 5 216, BauersZ. **12** 23: Der Prokurist einer AG. ist nicht deren gesetzlicher Vertreter und kann daher auch nicht im Rubrum einer Klage als Vertreter der AG. aufgeführt werden.

§ 234. Literatur: BauersZ. **11** 125: Bedarf ein Aufsichtsratsbeschluß, welcher die Ernennung eines Vorstandsmitglieds bezweckt, der Beglaubigung der Unterschriften?

1. BauersZ. a. a. O.: Der Registerrichter kann nicht verlangen, daß der Aufsichtsratsbeschluß, durch welchen jemand zum Vorstande berufen wird, öffentliche Form hat. Weder Abs. 2 (verb.: „öffentlich beglaubigte Abschrift") noch § 12 HGB. berechtigen ihn dazu.

2. LG. Dresden, SächsA. **14** 132, BauersZ. **11** 101: Ein früheres Vorstandsmitglied ist, sobald es aus seinem Amte ausgeschieden ist, nicht mehr ver-

pflichtet, Offenbarungseide für die Gesellschaft zu leisten, auch dann nicht, wenn sein Ausscheiden im Handelsregister noch nicht vermerkt sein sollte. Der Gläubiger kann sich nicht auf § 15 HGB. berufen, da dieser nicht auf eine Sachlage der vorliegenden Art zutrifft.

§ 237. Literatur: BauersZ. **11** 127: Die Auslegung eines vertraglichen Tantièmerechts im Verhältnisse zu den Statutbestimmungen der AG.

1. Verhältnis von Anstellungsvertrag und Statut.

BauersZ. a. a. O.: Verspricht der Anstellungsvertrag eine höhere Tantième, als das Statut zuläßt, so gehen die Bestimmungen des letzteren gleichwohl vor: Der Vertrag enthält in diesem Falle eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags, welche bei Nichterfüllung der Formen der §§ 274 ff. nichtig ist.

2. Tantième von nicht verteiltem Reingewinne.

RG. JW. **04** 419, HansGerZ. **04** Hauptbl. 265, BauersZ. **12** 4 ff. (die Vor-Urteile das. **11** 76): Ist dem Vorstand ein bestimmter Prozentsatz der als Dividende zur Verteilung kommenden Beträge zugesichert, und ist diese Zusicherung dahin zu verstehen, daß er diesen Prozentsatz von dem Reingewinne zu beanspruchen hat, welcher bilanz- und verfassungsmäßig als Dividende an die Aktionäre zu verteilen war, so muß, falls die Verteilung einer Dividende unterblieben und der Reingewinn den Aktionären auf andere Weise, z. B. durch Rückkauf von Aktien, zugewiesen ist, die Tantième derart berechnet werden, daß der wirkliche Vermögensstand der AG. bei Vornahme der Ausschüttung aus den Bilanzen ermittelt wird. Es muß aus ihnen unter Berücksichtigung der etwaigen statutarischen und gesetzlichen Bestimmungen das Gewinnergebnis, welches als Dividende hätte verteilt werden müssen, herausgeschält werden.

§ 240. Literatur: Bett, Der Konkurs der AG. und ihre Erneuerung. — Der Vorstand kann sich der Pflicht zur Konkursanmeldung bei Zahlungseinstellung der AG. durch Amtsniederlegung entziehen.

1. Überschuldung.

a) Vgl. JDR. 2 Note 1, 2 zu § 240.

b) Bett a. a. O. 20 ff.: Als Konkursgrund kommt nur die tatsächliche, nicht die formell bilanzmäßige Überschuldung in Betracht. Dies ergibt u. a. der Wortlaut des Gesetzes, welcher erkennen läßt, daß die Überschuldung sich nicht „aus“ der Aufstellung der Bilanz, sondern „bei“ derselben ergeben soll. Zur Ermittelung bedarf es einer Hilfsbilanz, in welcher die Aktiva nach ihrem tatsächlichen Werte anzusetzen sind. Der tatsächliche Wert ist nicht, wie die herrschende Meinung lehrt, der gemeine Verkaufswert, sondern der individuelle Verkaufswert, d. h. der Preis, welchen die betreffende Gesellschaft voraussichtlich erzielen wird (so auch der Sache nach Rehm, Bilanzen 59, Simon 464 ff.). Die Anlagen usw., welche in der Jahresbilanz nach § 261 Nr. 3 zu bewerten sind, sind zum Buchwert einzusetzen; ist dieser absichtlich zu tief angenommen, so darf er für die Feststellung der Überschuldung angemessen erhöht werden.

2. Zahlungseinstellung als Kündigungsgrund für den Vorstand.

BauersZ. a. a. O.: Da der gänzliche Vermögensverfall und der sicher zu erwartende Konkurs der AG. ein wichtiger Grund zur Auflösung des Dienstverhältnisses sind, kann der Vorstand bei ihrem Vorliegen sofort nach § 626 BGB. kündigen. Es besteht keine Vorschrift, daß die Kündigung in der Zeit zwischen dem Existentwerden des Konkursgrundes und der Konkursanmeldung nicht erfolgen dürfe.

3. Sanierungsversuche und Antrag auf Konkurseröffnung.

RG. (Str.) **37** 26, BauersZ. **12** 28: Wenn der Konkursgrund vorliegt, so ist dem Vorstande keine Frist mehr für die Erwägung gegeben, ob der Antrag auf Konkurseröffnung zu stellen sei oder nicht. Es besteht kein Anspruch auf

eine Frist zu Sanierungsversuchen. Soweit man darunter Anstrengungen versteht, noch auf Kredit der Gesellschaft hin Mittel zur Befriedigung der Gläubiger zu schaffen, ist zu beachten, daß erst nach Erschöpfung auch der Möglichkeit, durch Inanspruchnahme des Kredits der Gesellschaft in den Besitz bereiter Zahlungsmittel zu gelangen, von Zahlungsunfähigkeit gesprochen werden kann. Für solche Sanierungsversuche dagegen, welche darauf abzielen, den eingetretenen Konkursgrund zu beseitigen, läßt das Gesetz eine Frist nicht zu.

§ 241. Literatur: Wieland, Der Anspruch aus § 241 Abs. 1 HGB. im Konkurse der AG., Goldschmidts Z. 55 469 ff. — Ders.: Die Haftbarkeit des Verwaltungsrats einer AG. gegenüber dem Aktionär und dem Gläubiger nach (Schweiz.) OR. Art. 674, ZSchwR. 45 260 ff.

1. Wieland a. a. O.: Es ist streitig, wer den Anspruch der Gläubiger aus Abs. 3 dieses Paragraphen im Konkurse der AG. geltend zu machen befugt ist, ob der Konkursverwalter oder die Gläubiger. Das RG. hat in ersterem Sinne entschieden. Doch führt diese Ansicht, ebenso wie die von Staub ⇝ früher; jetzt mit dem RG., Anm. 16 zu § 241. — Red. ⇜ vertretene entgegengesetzte zu unerfreulichen praktischen Konsequenzen. Diese lassen sich vermeiden, wenn dem Gläubiger zwar auch im Konkurse der Gesellschaft die selbständige Geltendmachung seines Anspruchs im Prinzipe gestattet wird, aber nur soweit, als das durch den Gesellschaftskonkurs bedingte Erfordernis der Gleichberechtigung aller Gesellschaftsgläubiger zuläßt. Der Gläubiger kann hiernach im Konkurse der Gesellschaft den Vorstand nur noch auf Leistung an die Gesellschaftsmasse belangen.

Dem Gläubiger steht sein Anspruch nur zu, weil er Gläubiger der AG. ist, und nur insoweit, als die AG. ihrerseits einen Anspruch hat. Im Konkurse kann jeder Gläubiger seine Forderung nur soweit geltend machen, als es der Grundsatz der Gleichberechtigung aller Gesellschaftsgläubiger gestattet: mithin nur einen Teil, der sich bestimmt nach dem Betrage der Forderung der übrigen Gesellschafter einerseits, wie sie sich aus der Konkurstabelle ergibt, und nach dem Betrage der Schuld des Vorstandes andererseits. Die Höhe dieses Teiles läßt sich erst nach Feststellung der Tabelle ermessen; schon vorher aber ist diejenige Forderung feststellbar, welche der Gesamtheit der Gläubiger zusteht, denn diese ist gleich dem vom Vorstande der Gesellschaft geschuldeten Betrage. Die Forderung des einzelnen Gläubigers dem Vorstande gegenüber im Gesellschaftskonkurse stellt einen illiquiden Anteil an dieser Forderung dar, welche der Gesellschaft und der Gesamtheit der Gläubiger als Solidargläubigern zusteht. Der einzelne Gläubiger kann seinen Anteil an dieser rechtlich unteilbaren Forderung nach Analogie des § 432 BGB. dadurch realisieren, daß er den Vorstand auf Bezahlung, resp. Hinterlegung des ganzen Schuldbetrags zugunsten aller Gläubiger, d. h. der Masse belangt.

2. Bett, Konkurs der AG. usw. 59 f., will dem einzelnen Gläubiger das Verfolgungsrecht gegen die Organsmitglieder und Gründerpersonen während des Konkurses der AG. versagen. Hierfür spricht, daß die beiden Haftungsobjekte der Gläubiger (das Vermögen der AG. und der Vorstandsmitglieder usw.) innerlich in engem Zusammenhange stehen, dergestalt, daß durch den Anspruch an die Organe usw. dasjenige in das Gesellschaftsvermögen zurückgebracht werden soll, was ihm ungerechtfertigt entfremdet ist. Auch fällt mit der Konkurseröffnung der Grund fort, welcher den Anlaß gab, den Gesellschaftsgläubigern ein besonderes Recht einzuräumen.

§ 243. Literatur: Jaffa, Kann der Aufsichtsrat einer AG. in Rechtsstreitigkeiten mit einer solchen zum Schiedsrichter bestellt werden? DJZ. **04** 646. — Bauers Z. **11** 171: Von den Rechten und Pflichten des Aufsichtsratsvorsitzenden. — Das. **11** 267: Die von einem Aufsichtsratsmitglied in der Generalversammlung erklärte Amtsniederlegung ist auch ohne zustimmenden Beschluß wirksam. — Das. **12** 6: Die Amtsniederlegung eines

Aufsichtsratsmitglieds gilt, auch wenn sie nur dem Vorstande gegenüber erklärt ist. — Das. **12** 53: Die Vergütung der Auslagen von Aufsichtsratsmitgliedern, welche an der Generalversammlung teilgenommen haben.
Wirtschaftlich: Warschauer, Zur Aufsichtsratsfrage in Deutschland, Konrads Jahrbuch 1904 (zu Rießers, JDR. **2** bei § 243 angeführten Schrift: Zur Aufsichtsratsfrage). Dazu Müller, Zur Aufsichtsratsfrage in Deutschland, Holdheims MSchr. **04** 246. — Ein Wort zur Ehrenrettung des Aufsichtsrats, Bauers Z. **11** 123.

1. Das Verhältnis des Aufsichtsrats zur Gesellschaft.

a) Kündigung. Bauers Z. **12** 6: Das Aufsichtsratsmitglied muß seine Kündigung dem Vorstand erklären; dieser, und nicht die Generalversammlung, vertritt die Gesellschaft. — Jedoch das. **11** 267: Erklärt ein Aufsichtsratsmitglied der Generalversammlung, also demjenigen Organe gegenüber, von dem die Wahl ausging, seinen Austritt aus dem Aufsichtsrate, so scheidet es damit aus, ohne daß die Generalversammlung einen zustimmenden Beschluß fassen müßte; es genügt, wenn sie nicht widerspricht.

b) Ersatz von Auslagen. Bauers Z. a. a. O. 53: Die Aufsichtsratsmitglieder haben keinen Anspruch auf Vergütung der Kosten ihrer Reise zur Generalversammlung, wenn sie daran zur Wahrnehmung ihrer Rechte als Aktionäre teilgenommen haben. Da das Gesetz ihre Anwesenheit nicht vorschreibt, wird, falls sie Aktionäre sind, im Zweifel anzunehmen sein, daß sie im eigenen Interesse teilnehmen. Steht aber fest, daß sie in ihrer Eigenschaft als Aufsichtsratsmitglieder teilgenommen haben, so haben sie Anspruch auf Erstattung ihrer Auslagen.

2. Der Aufsichtsrat als Schiedsrichter.

Jaffa a. a. O. verneint die Frage, ob der Aufsichtsrat Schiedsrichter in Rechtsstreitigkeiten zwischen ihm und der AG. sein kann. Dagegen sprechen die §§ 1028 ff. ZPO., die drei am Schiedsvertrage beteiligte Personen, die beiden Parteien und den Schiedsrichter voraussetzen. Ein Vertrag ferner, durch den eine Partei zum Schiedsrichter bestellt wird, ist nichtig, da er gegen die guten Sitten verstößt. Der Aufsichtsrat ist unmittelbar an dem Ausgange des Rechtsstreits beteiligt, mag er aus Aktionären bestehen oder nicht. Im ersteren Falle, weil das Ergebnis die Gewinn- oder Verlustquote beeinflußt; für beide Fälle ist zu beachten, daß der Aufsichtsrat ein Organ der AG. ist, daher mit seiner Bestellung zum Schiedsrichter die Gesellschaft selbst dazu bestellt wird. A. A. im Ergebnisse Perl, Gruchots Beitr. **27** 380.

3. Vertragsverpflichtung, die Wahl zum Aufsichtsratsmitgliede abzulehnen.

RG. 57 205, JW. **04** 286, ZAktWes. **14** 167: Die vertragsmäßig übernommene Verpflichtung, die Stellung als Aufsichtsratsmitglied zu einer bestimmten Zeit niederzulegen, oder die Wahl zum Aufsichtsratsmitglied abzulehnen, ist, als gegen die guten Sitten verstoßend, nichtig, weil sie eine unzulässige Beschränkung des freien Willens enthält. Auch kann eine solche private Abmachung nach den besonderen Umständen des Falles, z. B. bei Familiengründungen, geeignet sein, auf die sämtlichen Gesellschafter einen Zwang hinsichtlich der Ausübung ihres Wahlrechts auszuüben.

§ 244. Literatur: Marcus, Gilt die Vorschrift des § 244 HGB. auch für das Handelsregister von Zweigniederlassungen, R. **04** 357. — Bauers Z. **11** 268: Nochmals die Einreichung der Bekanntmachung der Veränderungen im Aufsichtsrate beim Register der Zweigniederlassung.

1. Marcus a. a. O.: § 244 gilt auch für das Handelsregister der Zweigniederlassungen. Dies folgt aus § 13 HGB. in Verbindung mit § 244. Auch hat die Öffentlichkeit ein weitgehendes Interesse an möglichster Vollständigkeit der Register der Zweigniederlassungen.

2. Bauers Z. 11 268 entscheidet sich aus denselben Gründen in dem gleichen Sinne.

3. Rechtsprechung. a) Vgl. IDR. 2 Note 3c zu § 201.

b) KG., OLG. 9 243, KGJ. 28 A 47, Bauers Z. 12 29, RJA. 4 217, ZBlFrG. 5 428: Die Bekanntmachung über eine Änderung in den Personen der Mitglieder des Aufsichtsrats ist auch zu dem Handelsregister der Zweigniederlassungen einzureichen. Dies folgt aus § 13 HGB., welcher maßgebend ist, soweit nicht, wie in den §§ 33, 201, 207, 234, 265, 267, 286, 296, 333, dagegen nicht in § 244, eine Ausnahme von dem Grundsatze gemacht ist, daß alle dem Registergerichte der Hauptniederlassung einzureichenden Schriftstücke in gleicher Weise bei den Registergerichten der Zweigniederlassungen einzureichen sind (mit sehr ausführlicher Begründung).

§ 245. Literatur: Bauers Z. 11 196: Die ungünstige Seite der gesetzlichen, den Aufsichtsrat betreffenden Tantièmevorschriften, ➞ zeigt, daß die gesetzlichen Beschränkungen nicht selten die Bewilligung eines festen Gehalts nötig machen. ⟵

§ 246. Literatur: Bauers Z. 11 199: Bücherrevisor und Geschäftsführungsrevisor.

1. Bauers Z. a. a. O. verbreitet sich über den Umfang der Aufgaben eines von dem Aufsichtsrate berufenen Revisors.

2. Verhältnis des Aufsichtsrats zum Vorstande. Vgl. Note 2c zu § 241.

3. OLG. Cöln, ZBlFrG. 4 728, R. 04 579: Soweit der Aufsichtsrat befugt ist, eine Generalversammlung zu berufen, kann er auch zur Beurkundung des Herganges in der Versammlung einen Notar zuziehen. Die Kosten fallen der AG. zur Last.

§ 247. Über die Form, in welcher der Aufsichtsrat in den Fällen, wo er die Gesellschaft vertritt, tätig zu werden hat, vgl. Note 2bβ zu §§ 231, 242.

§ 249. RG. BankA. 3 77, Bauers Z. 11 124f., Holdheims MSchr. 04 134, JW. 04 43, ZAktWes. 14 90: Weder aus dem Inhalte der Vorschrift, noch aus der Wortfassuug läßt sich entnehmen, daß in den Fällen des Abs. 3 die Haftung aus den Absätzen 1 und 2 ausgeschlossen sein sollte.

§ 250. 1. Verlauf der Generalversammlung s. IDR. 2 zu § 250.

a) Vgl. IDR. 2 Note 1 zu § 250 und unten zu § 271.

b) RG. Holdheims MSchr. 03 166, Bauers Z. 11 222: Nicht jede Beschränkung der Diskussion in der Generalversammlung ist für unzulässig zu erachten und daher geeignet, die Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse zu begründen, sondern nur eine solche, welche die Möglichkeit ausschließt, die auf der Tagesordnung stehenden Gegenstände einer sachgemäßen Erörterung zu unterziehen.

2. Über die Stellung der Generalversammlung zur AG. vgl. Note 1a und e zu § 253.

§ 252. Literatur: Oskar Sieveking, Ist rechtlich gültig eine Bestimmung in Statuten von AG.en, daß ein Aktionär sich nur durch einen anderen Aktionär vertreten lassen darf? Gruchots Beitr. 48 516 ff.

1. Dürfen statutarisch Bedingungen über die Person des zur Ausübung des Stimmrechts Berufenen aufgestellt werden?

a) Vgl. IDR. 2 Note 1 zu § 252.

b) Sievering a. a. O.: Die Frage ist zu verneinen. Der Gesetzgeber kann mit der Bestimmung in Abs. 2 „Das Stimmrecht kann durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden" nur beabsichtigt haben, solche statutarische Bestimmungen für unzulässig zu erklären, welche, wie das Genossenschaftsrecht, vorschreiben, daß Aktionäre nur persönlich sollten stimmen dürfen. Das hiernach bestehende Recht, sich vertreten zu lassen, hat einen Sinn nur dann, wenn

der Vertretene in der Wahl seines Vertreters frei ist. Ob dies der Fall ist, würde, wenn die Statuten Bedingungen in dieser Hinsicht aufstellen dürften, je nach den tatsächlichen Verhältnissen bald zu bejahen, bald zu verneinen sein. Eine solche Unsicherheit kann aber vom Gesetzgeber nicht gewollt sein. Abs. 4 des Paragraphen widerspricht dieser Auffassung nicht: er handelt vom Stimmrechte, nicht von der Bevollmächtigung; und erlaubt in bezug auf jenes, wie die Eingangsworte „im übrigen" ergeben, nur Bestimmungen dergestalt, daß einem Aktionär weder sein Stimmrecht noch sein Recht, sich durch einen Bevollmächtigten vertreten zu lassen, genommen wird. Auch müssen solche Beschränkungen alle Aktionäre gleichmäßig treffen, und nicht nur solche, welche nicht erscheinen können.

c) **RG.** Bauers Z. **11** 128, Holdheims MSchr. **04** 164, JW. **04** 73: Eine statutarische Bestimmung des Inhalts, daß ein Aktionär, welcher sein Stimmrecht nicht persönlich ausüben will, als Bevollmächtigten nur einen Aktionär wählen könne, ist gültig und rechtswirksam, weil sie unter die nach Abs. 4 dieses Paragraphen der Festsetzung im Gesellschaftsvertrage freigegebenen Bestimmungen fällt. Rechtsirrig ist dagegen die Auffassung, daß Witwen ein Zwang zur Ausübung des Stimmrechts durch bevollmächtigte Aktionäre auferlegt werden könne, weil nach dem geltenden Aktienrechte der Unterschied im Geschlecht keinen Grund bieten kann, einer weiblichen Persou das ihr durch § 252 Abs. 1 HGB. dem Aktionär eingeräumte persönliche Stimmrecht zu entziehen.

➳ Nur in diesem Sinne will das RG. seine JDR. **2** Nr. 6 a γ zu § 252 angeführte Entscheidung verstanden wissen. — Red. ⇠

2. Stimmrecht bei verpfändeten Aktien.

a) Vgl. JDR. **2** Note 3 zu § 252.

b) Rehm, DJZ. **04** 956: Derjenige, bei dem Aktien in Kost gegeben sind, ist, wenn auch auf kurze Zeit, Eigentümer der Aktien, und daher berechtigt, das Stimmrecht für sie auszuüben.

3. Abs. 3. Rehm, DJZ. **04** 1029: Eine Beschlußfassung, welche die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit einem Aktionär betrifft, liegt nicht vor, sobald für die Gesellschaft nach der Beschlußfassung die Möglichkeit verbleibt, ohne die Folge rechtlicher Nachteile mit irgend jemand anders als dem Aktionär, mit dem das Rechtgeschäft ursprünglich eingegangen ist, abzuschließen. Bei jeder anderen Auslegung des § 252 wäre es dem Bankier eines Aktienunternehmens unmöglich, als Aktionär auf die Geschäftsführung entscheidend einzuwirken.

§ 253. Literatur: Lehmann und Staub, Gutachten über die Frage: wieweit erstrecken sich Recht und Pflicht des Aufsichtsrats und Vorstandes einer AG. zur Einberufung einer Generalversammlung? Verhandlungen des 27. deutschen Juristentags **1** 57 ff., 80 ff. — Rehm, Referat über diese Frage auf dem 27. deutschen Juristentage, Holdheims MSchr. **04** 238 f. — Bericht über die Verhandlungen des 27. deutschen Juristentags, ÖstAGZ. **55** 358 ff. — Auszüge aus den Referaten: ZAktWes. **14** 132. — Lehmann, Die Pflicht des Vorstandes einer AG. zur Einberufung einer Generalversammlung, DJZ. **04** 962. — Simon, Recht und Pflicht des Aufsichtsrats und Vorstandes von AG.en zur Einberufung einer Generalversammlung, DJZ. **04** 778. — BauersZ. **12** 25: Wann hat Vorstand und Aufsichtsrat die Generalversammlung zu berufen? BauersZ. **11** 85: Die Anberaumung der Generalversammlung auf eine unpassende Zeit.

1. Die Verpflichtung zur Einberufung der Generalversammlung.

a) Vgl. JDR. **2** Nr. 4 zu § 241 HGB., insbesondere die daselbst unter a angeführte Entscheidung des RG. „Vorstand und Aufsichtsrat sind verpflichtet, sich vor Einlassung auf wichtige, kostspielige, riskante und deshalb das Interesse der Aktionäre in besonderem Maße berührende Unternehmungen der Einwilligung der Generalversammlung zu versichern."

b) Lehmann, Verhandlungen: α. Legitimiert zur Einberufung ist der Vorstand, und zwar nicht das einzelne Vorstandsmitglied, sondern der Vorstand

als Gesamtbehörde. Das Statut kann einem Bruchteile des Vorstandes oder einem einzelnen oder jedem Vorstandsmitgliede die Zuständigkeit zur Einberufung für alle oder gewisse Fälle einräumen, wie es umgekehrt verstärkte Mehrheit oder Einstimmigkeit verlangen kann (59). Zur Berufung legitimiert ist ferner nach § 246 Abs. 2 der Aufsichtsrat. Die Einschränkung auf die Fälle, „wann dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist", betrifft nicht seine formelle Zuständigkeit zur Berufung.

β. Die Generalversammlung ist in den Fällen der §§ 260, 254 Abs. 1, 240 Abs. 1, sowie dann zu berufen, wenn ein auf die Einberufung gerichteter Beschluß der Generalversammlung vorliegt oder die zu erledigende Angelegenheit ausschließlich der Generalversammlung zugewiesen ist. Sie muß endlich in allen Fällen einberufen werden, wo das Interesse der Gesellschaft es erfordert. Bezüglich des letzteren Punktes sind die Rechte und Pflichten des Vorstandes und des Aufsichtsrats näher zu präzisieren (63).

γ. Das Verhältnis des Vorstandes zur AG. ist nach den §§ 664—670 BGB. zu beurteilen. Danach ist der Vorstand berechtigt, die Generalversammlung zu berufen, soweit die Interessen der AG. nicht darunter leiden. Hat der Vorstand auf vage Gerüchte hin die Generalversammlung berufen, so kann in dem Verhalten seiner Mitglieder u. U. ein Verstoß wider die ihnen obliegende Sorgfalt liegen, der sie schadensersatzpflichtig macht oder einen gerechtfertigten Grund zu ihrer Entlassung bietet (68 ff.). — Für die Pflicht zur Einberufung gilt: Zu dem gewöhnlichen Geschäftsbetriebe gehörende Unternehmungen darf der Vorstand in Ermangelung ausdrücklicher Weisung als durch Übertragung der Geschäftsführung an ihn zur selbständigen Vornahme ihm zugewiesen betrachten. — Bei ungewöhnlichen Unternehmungen hat er zunächst den ihm durch Statut übergeordneten Aufsichtsrat anzugehen. Er kann die Berufung der Generalversammlung unterlassen, wenn das Interesse der Gesellschaft unter dem Bekanntwerden der Angelegenheit leiden würde. Mußte er an der Zustimmung der Generalversammlung zweifeln, so hat er ihre Einberufung zu veranlassen. Ist der Aufsichtsrat lediglich Kontrollorgan, ohne eine übergeordnete Stellung gegenüber dem Vorstande zu besitzen, so ist bei ungewöhnlichen Unternehmungen die Angehung der Generalversammlung unvermeidlich. — An ausdrückliche Weisungen des Statuts oder des innerhalb seiner Kompetenz handelnden übergeordneten Organs ist der Vorstand gebunden. — Näheres ergibt sich aus den §§ 665, 666 BGB. (67 ff.).

δ. Für die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats gilt dasselbe, wie für die des Vorstandes, soweit der Aufsichtsrat durch das Statut mehr zur Verwaltung als zur Beaufsichtigung der AG. berufen ist (77). Ist er nur Aufsichtsorgan, so tritt seine Verpflichtung zur Berufung der Generalversammlung sehr zurück (77 ff.).

ε. Durch Unterlassung der Einberufung trotz Vorliegens der Voraussetzungen machen sich diejenigen Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats schadensersatzpflichtig, denen ein Verschulden zur Last fällt. Die klagende AG. hat den Vermögensnachteil nachzuweisen, der durch Einberufung der Generalversammlung vermieden werden konnte. Dem Beklagten steht der Beweis offen, daß die Einberufung der Generalversammlung an dem Ergebnisse nichts geändert hätte.

c) Staub a. a. O.: Der Vorstand hat die Generalversammlung (unter dem Gesichtspunkte, „daß das Interesse der Gesellschaft es erfordert") zu berufen,

α. wenn das Interesse der Gesellschaft eine Maßregel erfordert, die der Vorstand aus eigener Machtvollkommenheit nicht zu ergreifen vermag (Entscheidungen in den Fällen, wo das Gesetz die Beschlußfassung der Generalversamm-

lung zuweist, z. B. §§ 274 ff., oder wo Vorstand und Aufsichtsrat dissentieren und der Vorstand ohne den Aufsichtsrat nicht vorgehen kann),

β. wenn es sich um ein außergewöhnliches Geschäft handelt, und dasselbe entweder den ganzen Bestand der Gesellschaft berührt oder so beschaffen ist, daß der Vorstand Anlaß hat oder haben muß, zu zweifeln, ob die Generalversammlung es genehmigen würde. — Diese letztgenannten Beschränkungen folgen aus der Stellung des Vorstandes als Verwalters fremden Vermögens.

Der Aufsichtsrat muß die Generalversammlung in den Fällen berufen, wo der Vorstand dazu verpflichtet wäre, seine Pflicht aber versäumt.

Das Recht zur Berufung der Generalversammlung geht über die skizzierten Verpflichtungen hinaus, und hört erst dann auf, wenn die zur Berufung Befugten bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns sich sagen müssen, daß die Berufung der Generalversammlung der Gesellschaft schaden würde.

d) Simon, a. a. O., polemisiert gegen die oben zu 1 erwähnte Entscheidung des RG. Die Beantwortung der Frage, ob unter den vom RG. angegebenen Voraussetzungen die Generalversammlung zu berufen ist, hängt davon ab, ob die Generalversammlung für Entscheidungen dieser Art nach den gesetzlichen Bestimmungen zuständig ist: bejahendenfalls wäre die Berufung für wichtige Geschäfte im Interesse der Gesellschaft stets erforderlich. Die Frage ist aber zu verneinen. Die Generalversammlung ist nicht das Organ der AG., sondern nur ebenso wie der Vorstand und der Aufsichtsrat ein Organ derselben. Die Annahme, daß sie allein die Verbandspersönlichkeit verkörpere, ist irrig. Ihre allgemeine Stellung ist im § 250 HGB. umschrieben; ihre einzelnen Befugnisse ergeben sich aus den Einzelbestimmungen des HGB. und des Statuts. Es ist zweifelhaft, ob man die Bestimmungen des BGB. über die Befugnisse der Vereinsorgane entsprechend anwenden darf, da die Materie bis ins Einzelne im HGB. geordnet ist. — Hiernach hat der Vorstand weder das Recht noch die Pflicht, die Generalversammlung über Dinge zu befragen, die allein zu seinem Zuständigkeitskreise gehören, er, wie der Aufsichtsrat darf sie nur dann berufen, wenn eine Beschlußfassung über Angelegenheiten der AG. erforderlich ist, die unmittelbar oder mittelbar nach Gesetz oder Statut zur Zuständigkeit der Generalversammlung gehört.

e) Rehm a. a. O.: Die Generalversammlung ist zu berufen, α. wenn Gesetz und Statut, β. wenn die Interessen der AG. es gebieten. Der Fall α ist dahin zu erweitern, wenn das Gesellschaftsrecht es verlangt, wobei unter Gesellschaftsrecht zu verstehen ist: Statut, einfacher Generalversammlungsbeschluß, Anstellungsvertrag, Wahlbedingung, Gesetz. Von der ausdrücklichen Weisung der Generalversammlung, ihre Zustimmung vor Eingehung eines bestimmten Geschäfts einzuholen, kann u. U. gemäß § 665 BGB. abgewichen werden.

Darüber, wann das Interesse der Gesellschaft die Einberufung einer Generalversammlung verlangt (β), gehen die Meinungen auseinander.

Gegen die, auch von Lehmann s. o. b, vertretene Auffassung, daß dies bei allen außergewöhnlichen Handlungen und Ereignissen der Fall sei, spricht die Natur der AG. und der Charakter der Mitgliederversammlung als eines unständigen Vereinsorgans. Die Ansicht ist unzweckmäßig und undurchführbar, sie entbehrt auch der Stütze im positiven Rechte (vgl. § 235 im Gegensatze zu §§ 116, 164 HGB.).

Auch die Ansicht Staubs, s. o. c, welche darauf fußt, daß der Vorstand fremdes Vermögen verwaltet, trifft nicht das Richtige. Dem gedachten Umstande wird hinreichend Rechnung getragen durch die strenge zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit, welche dem Vorstand obliegt. Dagegen rechtfertigt er nicht noch weiter eine Einengung in der Geschäftsführung. In das Verhältnis beider

Organe darf nicht die Vorstellung der konstitutionellen Staatstheorie, des Verhältnisses von Legislative und Exekutive, hineingetragen werden; denn die Verwaltung einer AG. ist der Führung eines Staatshaushalts nicht wesensgleich. Auch ist die Generalversammlung nach dem Gesetze nicht Geschäftsführungs-, sondern Kontrollorgan.

Gegen die Simonsche Auffassung, s. o. d, ist zu betonen, daß nach positivem Rechte die Generalversammlung das oberste Gesellschaftsorgan darstellt (vgl. z. B. § 260 u. a.).

Rehm selbst kommt zu folgendem Ergebnisse: Vorstand und Aufsichtsrat haben nach geltendem Rechte die Befugnis zur Berufung der Generalversammlung, sofern sie bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns sich nicht sagen müssen, daß die Berufung, sei es, weil der Gegenstand rasches Handeln oder Geheimhaltung erheischt, sei es aus irgendeinem anderen Grunde der Gesellschaft schaden werde. Beide sind verpflichtet, die Generalversammlung zu berufen, einmal aus Rechtsgründen, ferner wenn ein Ereignis oder eine beabsichtigte Maßnahme geeignet ist, den ganzen Bestand der Gesellschaft zu gefährden. Denn muß die Generalversammlung selbst in dem Falle einberufen werden, daß Vorstand und Aufsichtsrat nicht zweifeln, daß dieselbe den gleichen Beschluß wie sie fassen werde.

f) Lehmann, DJZ. a. a. O. Gegen Simons Auffassung spricht, daß § 253 Abs. 2 HGB. ganz überflüssig wäre, wenn die Generalversammlung für solche Verwaltungshandlungen, die Gesetz oder Statut ihr nicht vorbehalten, grundsätzlich nicht zuständig sein sollte.

g) Der deutsche Juristentag hat sich dahin ausgesprochen: „Die Einberufung einer Generalversammlung gehört zu den (in erster Linie dem Vorstande der AG. obliegenden) Handlungen der Geschäftsführung. Demgemäß hat, wie über alle anderen Fragen der Geschäftsführung, so auch über die Frage, ob und wann die Einberufung der Generalversammlung „im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist", der Vorstand (und event. der Aufsichtsrat) nach seinem pflichtmäßigen Ermessen im Rahmen der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns je nach Lage des einzelnen Falles und unter Berücksichtigung aller Interessen der Gesellschaft zu entscheiden."

h) Bauers Z. **12** 25 folgert aus §§ 246 Abs. 2, 253 Abs. 2, 235 Abs. 1, daß die Generalversammlung dem Vorstand übergeordnet ist, wendet sich gegen die Erklärung des Juristentags, die nur eine Umschreibung, keine Auslegung des Gesetzes bedeute, und verteidigt die Stellungnahme des RG. in der unter 1 angeführten Entscheidung.

i) Einen Einzelfall erwähnt Bett, Konkurs der AG. usw. 96: Will der Vorstand einer AG. den über die Gesellschaft hereingebrochenen Konkurs durch einen Zwangsvergleich beschließen, so wird er, bei der Wichtigkeit und Tragweite dieser Maßnahme gut tun, die Generalversammlung zu befragen, wenn er sich gegen Ersatzansprüche sichern will.

2. Die Berufung der Versammlung auf eine unpassende Zeit.

Bauers Z. **11** 85: Die Zeit einer Generalversammlung ist, mag sie auch für einzelne Aktionäre sehr unbequem liegen, so lange nicht als eine unpassende zu bezeichnen, als sie in die Tagesstunden oder in die übliche Geschäftszeit fällt.

§ 254. KG., DJZ. **04** 1024 f. (Hibernia), Bauers Z. **12** 57: Das Gericht hat über das Verlangen der Aktionäre nach freiem pflichtmäßigen Ermessen zu befinden. Das Verlangen, einen bestimmten Punkt auf die Tagesordnung zu setzen, ist unberechtigt und zurückzuweisen, wenn es die Vornahme einer rechtswidrigen Handlung bezweckt; zur Erreichung einer solchen darf das Gericht nicht mitwirken. Dagegen darf das Verlangen nicht deshalb zurückgewiesen

werden, weil vom wirtschaftlichen Standpunkt aus die Interessen der Gegner des Antrags angeblich schwerer ins Gewicht fallen, als die der Antragsteller, und die Ablehnung des Antrags erwünschter sei als die Annahme. Über den Umfang, in welchem die Interessen der Aktionäre zu berücksichtigen sind, entscheidet das Gesetz und der Gesellschaftsvertrag. — Das Gericht kann den Antrag auch nicht aus dem Grunde ablehnen, weil durch ihn die Beschlußfassung über die Aufhebung eines früheren Beschlusses der Generalversammlung erstrebt wird, den die Antragsteller gleichzeitig mit der Anfechtungsklage angefochten haben, denn mit der event. Aufhebung des Beschlusses wird der Anfechtungsklage nicht vorgegriffen.

§ 255. Literatur: Bondi, Hinterlegung von Wertpapieren zwecks Ausübung des Stimmrechts auf Grund derselben, SächsA. **14** 657 f.

*Bondi a. a. O.: Die Hinterlegungsbescheinigung ist Beurkundung einer Tatsache (nämlich daß die Wertpapiere im Gewahrsam der Hinterlegungsstelle sich befinden), nicht Beurkundung eines Rechtsgeschäfts. Hieraus folgt im Gegensatz zu der Annahme des Sächs. Justizministeriums in der VO. v. 17. 2. 04, SächsJMBl. **04** 21 ff., daß eine Hinterlegungsstelle auch sich selbst die Hinterlegung ihrer eigenen Aktien bescheinigen kann; nur bedarf es dazu eines Nummernverzeichnisses.

§ 257. Literatur: Bauers Z. **11** 268: Besondere Mitteilung der Tagesordnung und der gefaßten Generalversammlungsbeschlüsse gegen Hinterlegung einer Aktie. ➠ Mitteilung über die praktische Handhabung des § 257. ⟵

Bauers Z. a. a. O.: Der Aktionär, welcher eine Aktie bei der Gesellschaft hinterlegt hat, kann die Beschlüsse einer Generalversammlung nicht deshalb anfechten, weil ihm die im § 257 vorgesehene Mitteilung nicht gemacht ist; dies gilt insbesondere für den Fall, daß ihm die Generalversammlung anderweit bekannt geworden ist.

§ 259. Literatur: Hachenburg, Die Beurkundung der Beschlüsse einer Generalversammlung, R. **04** 16. — Kockerols, Zur Frage der Beurkundung der Generalversammlungsbeschlüsse bei AG.en, R. **04** 573. — ZAktWes. **14** 245 ff.: Beurkundung von Beschlüssen einer Generalversammlung. — Bauers Z. **12** 35: Gebühren für Generalversammlungsprotokolle in Baden.

Kann das Statut schärfere Erfordernisse als das Gesetz für die Beurkundung von Generalversammlungsbeschlüssen aufstellen?

1. Bejahend:

a) Hachenburg a. a. O.

b) LG. Cleve, RheinNotZ. **04** 221, ZBlFrG. **5** 391.

2. Verneinend:

a) Kockerols a. a. O.: Die Statuten können nicht die Beobachtung besonderer Formen bei Strafe der Nichtigkeit vorschreiben. Dies ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des § 159, sowie aus dem Art. 55 des preuß. FrGG., welcher es der Urkundsperson anheimstellt, ob sie das Protokoll den Beteiligten zur Durchsicht vorlesen und von ihnen unterschreiben lassen will. § 125 BGB. findet keine Anwendung, weil die Aufnahme des Protokolls kein Rechtsgeschäft, sondern ein tatsächlicher Vorgang ist. Dagegen kann das Statut nähere Bestimmungen über die der Beurkundung vorhergehenden einzelnen rechtsgeschäftlichen Vorgänge treffen; z. B. die Bestellung von Stimmzählern anordnen. Die Beobachtung dieser Bestimmungen, deren Beseitigung wünschenswert ist, braucht im Protokoll aber nicht beurkundet zu werden. (Immerhin empfiehlt es sich aus Beweisgründen.)

b) OLG. Dresden, ZBlFrG. **5** 320: Die Nichtbeobachtung statutarischer Vorschriften über die Form des Generalversammlungsprotokolls bewirkt keine Nichtigkeit der Beschlüsse und ihrer Beurkundung. Das Gesetz will die Form des

Protokolls erschöpfend und unter Ausschließung abweichender Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags ordnen.

3. Vermittelnd:

ZAktWes. a. a. O. führt unter Berücksichtigung der Literatur und Rechtsprechung aus, daß nach der Geschichte des § 259 zwar angenommen werden muß, daß der Gesetzgeber im § 259 nur die Mindestanforderungen eines Generalversammlungsprotokolls festlegen wollte, und daher weitere Erfordernisse im Statut aufgestellt werden können; daß aber das Statut nicht die Nichtigkeit an die Nichtbeachtung der von ihm vorgeschriebenen Förmlichkeiten knüpfen kann. Es fehlt an einer gesetzlichen Vorschrift, welche dem Statute die Ermächtigung erteilt, die Beachtung einer Formvorschrift bei Vermeidung der Nichtigkeit vorzuschreiben. § 122 BGB. kommt nicht in Frage, weil er nur von Rechtsgeschäften handelt, der Beschluß der Generalversammlung einer AG. aber kein Rechtsgeschäft, sondern lediglich ein tatsächlicher Vorgang ist.

§ 260. Literatur: Bondi, Offenheit und Wahrheit im Aktienwesen, SächsA. **14** 188 ff. — Rehm, Die Übertreibung des Offenheitsprinzips im Aktienwesen, DJZ. **04** 34, ZAktWes. **14** 7. — Bauers Z. **11** 98: Zur Reform des Geschäftsberichts des Vorstandes. — Bauers Z. **11** 99: Die Berufung auf die Entlastungserteilung seitens der zum Schadensersatze herangezogenen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder. — Das. **11** 245: Der Einfluß privater Kenntnis der Aktionäre von gesellschaftlichen Vorgängen auf die gefaßten Beschlüsse.

1. Die Verpflichtung der Gesellschaftsorgane zur Offenlegung der Verhältnisse.

a) Rehm a. a. O: Es ist zu unterscheiden zwischen einer erlaubten und einer unerlaubten Verschleierung und Fälschung von Bilanzen und Geschäftsberichten. Das Offenheitsprinzip findet seine naturgemäßen Grenzen da, wo das Interesse der Gesellschaft Geheimhaltung fordert: „Pflicht und Recht zur Geheimhaltung besteht da, wo Mitteilung einer Tatsache für die Gesellschaft größere Übel im Gefolge hat, als das Unterlassen der Mitteilung Nachteile für diejenigen, welche die Tatsache nicht erfahren", vgl. ferner Note 2a α zu § 314.

b) Diesen Darlegungen tritt *Bondi a. a. O. entgegen: Es muß an dem Verlangen einer möglichst ausgiebigen Wahrheit und Offenheit in Bilanzen und Geschäftsberichten unbedingt festgehalten werden. Was zunächst die Bilanzen anbetrifft, so verwirft Bondi mit eingehender Begründung die von Rehm aufgestellte Unterscheidung zwischen „erlaubter und unerlaubter Bilanzverschleierung" und „erlaubter und unerlaubter Bilanzfälschung". Nach Bondi ist jede Bilanzverschleierung bzw. Bilanzfälschung unerlaubt, und sie wird strafbar, wenn das subjektive Bewußtsein in der Rechtswidrigkeit vorhanden ist. Er vertritt daher den Grundsatz, daß bedingungslos Bilanztreue gefordert werden muß und daß jeder Mißbrauch der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, jedes sogenannte buchhalterische Kunststück zur Verhüllung des wahren Sachstandes einer Bilanzverschleierung gleich geachtet werden muß. In ähnlicher Weise fordert Bondi auch von den Geschäftsberichten der Aktiengesellschaft volle Treue und Offenheit. Der Geschäftsbericht vertritt im Verhältnisse der Verwaltungsorgane zu den Aktionären die Stelle der Rechnungslegung im Verhältnisse des Beauftragten zu seinem Auftraggeber. Derselbe muß daher ungeschminkt alles enthalten, was die Aktionäre als Quasi-Auftraggeber der Verwaltungsorgane wissen müssen, um sich ein Bild über den Vermögensstand und die Verhältnisse der Gesellschaft machen und beurteilen zu können, ob die Mitglieder der Verwaltungsorgane das in sie gesetzte Vertrauen gerechtfertigt haben, oder ob Ausstellungen zu erheben bzw. in der Generalversammlung weitere Aufklärungen zu fordern sind. Ein Geschäftsbericht, der diesen Zweck nicht erfüllt, in dem also der Stand der Verhältnisse der Gesellschaft entweder unwahr oder mit einer der Unwahrheit gleichkommenden

Unvollständigkeit oder verschleiert dargestellt wird, ist gesetzwidrig und strafbar. Die Grenzen für die Berichterstattung liegen nach Bondis Ansicht nicht auf dem Gebiete der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen, vielmehr liegen sie dort, wo das berechtigte Interesse der Gesamtheit der Aktionäre anfängt. Aus diesem Grunde dürfen namentlich solche Vorkommnisse nicht verschwiegen werden, welche die kapitalistische Grundlage oder die künftige Rentabilität der Aktiengesellschaft berühren, oder welche von Wichtigkeit sind, damit die Aktionäre über die Tätigkeit und Tüchtigkeit der Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglieder sich selbständig ein Urteil bilden können. Zum Schlusse macht Bondi noch darauf aufmerksam, daß die Generalversammlung jederzeit souverän ist und auch für die Zukunft Anweisungen erlassen kann, nach welchen Grundsätzen Bilanzen und Geschäftsberichte fortan aufzustellen sind.

c) Vgl. unten die Bemerkungen zu § 314.

2. Wirkung und Umfang der Entlastung.

a) Bauers Z. **11** 99: Die Genehmigung der Bilanz durch die Generalversammlung und die Entlastung des Vorstandes schließt nicht aus, daß wegen schadenstiftender Handlungen, bezüglich deren ein Beschluß nicht ausdrücklich gefaßt ist, seitens des Konkursverwalters die Ersatzklage betrieben wird. Handelt es sich um ein ungesetzliches und strafwürdiges Verhalten der Direktoren, so vermag auch eine ausdrückliche Entlastung nicht die Haftpflicht zu beseitigen.

b) **RG.** Holdheims MSchr. **04** 134, BankA. **3** 77, JW. **04** 43, ZAktWes. **14** 90; Bauers Z. **11** 125: Durch den Entlastungsbeschluß wird nur insoweit Entlastung erteilt, als die der Bilanz usw. zugrunde liegenden Vorgänge bekannt sind. Dabei kommt es nicht auf die Privatkenntnis der einzelnen Aktionäre, sondern darauf an, was der Generalversammlung als solcher durch Vorlage des Vorstandes oder Aufsichtsrats oder infolge der in der Versammlung gegebenen Anregungen direkt oder indirekt zur Beschlußfassung unterbreitet ist.

c) **RG.** Holdheims MSchr. **04** 296: Der Inhalt und Umfang der Entlastung durch Beschluß der Generalversammlung richtet sich nach dem, was der Versammlung durch die Vorlagen oder infolge von Anträgen zur Beschlußfassung bekannt geworden ist. Die weitergehende private Kenntnis eines Aktionärs ist ohne Bedeutung.

d) Gegen diese Unterscheidung zwischen offizieller und privater Kenntnis polemisiert Bauers Z. **11** 245 unter Hinweis auf § 226 BGB. Die zur Generalversammlung organisierten Aktionäre müssen ihre private Kenntnis gegen sich gelten lassen; von einer Täuschung läßt sich ihnen gegenüber nicht reden u. a. m.

§ 261. Literatur: Reisch, Professor Rehms Bilanzen der AG.en. Eine Besprechung, verbunden mit allgemeinen Bemerkungen über die Beziehungen der Buchführung zur Jurisprudenz. Holdheims MSchr. **04** 33 ff., 66 ff.; dazu Rehm, Buchführung und Jurisprudenz, Holdheims MSchr. **04** 88, 173 ff. — Bauers Z. **11** 84: Versuchskosten als Aktivum in der Bilanz. Die Bewertung sog. Reklame- oder Ausstellungsmaschinen.

RG. Str. **36** 436, JW. **04** 246, Holdheims MSchr. **04** 192, Bauers Z. **11** 101: Ziff. 2 bezieht sich auf alle Vermögensgegenstände mit Ausnahme derjenigen, welche unter Ziff. 1 fallen; also auch auf Grundstücke und stabile Werte. Reparaturen können unter Umständen eine über die Ausbesserung hinausgehende Werterhöhung zur Folge haben, und rechtfertigen in solchem Falle eine Höherbewertung des betreffenden Gegenstandes in der Bilanz.

§ 262. Literatur: Schmalenbach, Über die Anlage des Reservefonds. BankA. **3** 72.

1. Schmalenbach a. a. O. untersucht das Wesen des Reservefonds und bekämpft die Auffassung, welche auch zu rechtlich falschen Folgerungen führen könne, und geführt habe, daß der gesetzliche Reservefonds bezwecke, die Gesellschaftsgläubiger sicherzustellen.

2. OLG. Colmar, R. **04** 634: Der gesetzliche Reservefonds ist keineswegs der Typus des Reservefonds überhaupt, sondern ein besonderer Fonds, dessen Besonderheit in seiner Zweckbestimmung zur Deckung von Bilanzverlusten liegt. Jeder von der Verteilung ausgeschlossene Teil des Reingewinns ist ein Reservefonds, auch der Vortrag auf neue Rechnung. Der Begriff des Reservefonds erfordert auch nicht das tatsächliche Ausscheiden eines Kapitals.

§ 264. Literatur: BauersZ. **11** 127: Die Verlegung der Verhandlung über die Bilanzgenehmigung auf Verlangen einer Aktionärminderheit.

BauersZ. a. a. O.: Das Recht auf Vertagung setzt voraus, daß ein bestimmter Bilanzposten unter Angabe des Grundes bemängelt wird. Vgl. JDR. **2** Note 2 zu § 264.

§ 265. Literatur: Aegidi, Bilanzabnormitäten, ZAktWes. **14** 81. — Josef, Zur Auslegung des § 127 FrGG., DNotVZ. **4** 333.

1. Aegidi a. a. O. (nach Anführung verschiedener gesetzwidriger Bilanzen): Die Frage, ob die Bilanzziffern richtig sind und mit den Werten der Effektivbestände übereinstimmen, hat der Registerrichter nicht zu prüfen; dagegen kann er Bilanzen zurückweisen, welche in augenfälliger Weise irreführend und unzutreffend sind, und gegen das Gesetz und die Bilanztechnik verstoßen. Vgl. JDR. **2** Note 2 zu § 265.

2. *Josef polemisiert gegen den Beschluß des KG. v. 18. 3. 01, KGJ. **21** 240 und kommt zu dem Ergebnis: Auch die rechtliche oder tatsächliche Schwierigkeit der Entscheidung eines streitigen Rechtsverhältnisses berechtigt den Registerrichter, die Verfügung auf den Eintragungsantrag auszusetzen. Erfolgt eine Entscheidung des Prozeßgerichts nicht, so hat das Registergericht das Recht des Bestreitenden als nicht vorhanden anzusehen. Nur, wo es ihm obliegt, von Amts wegen das streitige Rechtsverhältnis festzustellen, hat es über dieses, wenn die Entscheidung des Prozeßgerichts nicht ergeht, nunmehr selbständig zu entscheiden.

§ 266. Literatur: ZAktWes. **14** 83: Inventurfälschungen bei AG.en. — Das. **14** 149: Zur Verhütung von Inventurfälschungen. ⇛ In ZAktWes. **14** 83 wird im Interesse einer schärferen Kontrolle des Vorstandes bei der Beschaffung der Unterlagen der Bilanz häufige Ernennung von Revisoren empfohlen. ⇚

1. Voraussetzung der Ernennung von Revisoren:

a) Vgl. JDR. **2** Note 2 zu § 266.

b) KG., OLG. **9** 203, BauersZ. **12** 33: Die Ernennung von Revisoren durch das Gericht setzt eine Individualisierung des nachzuprüfenden „Vorganges" oder der „Vorgänge" voraus. Dagegen genügt nicht, wenn ein Antrag auf Prüfung „der gesamten Prüfungsvorgänge" abgelehnt worden ist.

2. Kosten der Revision.

RG., BauersZ. **11** 85: Aus § 266 ist nicht zu entnehmen, daß die AG. Schuldnerin der Kosten eines von der Minderheit der Aktionäre herbeigeführten Revisionsverfahrens ist. Er bietet keinen Anhalt dafür, daß der Antrag der Minderheit als ein Antrag der AG. zu gelten hat.

§ 267. Literatur: BauersZ. **12** 3: Über das Rechtsverhältnis des Vorstandes zum Revisionsberichte, der durch die Generalversammlung oder eine Aktionärminderheit veranlaßt wurde.

BauersZ. a. a. O.: Die Revisoren sind in den Fällen der §§ 266 f. nicht gehalten, dem Vorstande den Bericht zugänglich zu machen. Der Vorstand kann sich gemäß § 9 Abs. 2 HGB. eine Abschrift von dem Registergericht erteilen lassen.

§ 268. Literatur: Edmund Mayer, Die Minorität der Generalversammlung. Holdheims MSchr. **04** 289 ⇛ enthält Erwägungen allgemeiner Natur ⇚.

1. Voraussetzung der Minderheitsansprüche.

Bett, Konkurs der AG. 57: § 268 ist nicht, wie Spaltenstein, Zum Konkurse der AG. 1898, will, dahin zu verstehen, daß die Entstehung der hier erwähnten Ersatzansprüche durch die Beschlüsse der Generalversammlung bedingt ist. Gegen diese Auslegung spricht der Wortlaut, sowie der Umstand, daß das HGB. von der Verjährung solcher Ansprüche redet (so in den §§ 206, 214 Abs. 5, 248 Abs. 4), vgl. § 194 BGB. Die Ersatzansprüche gehören daher zur Konkursmasse der AG.en. — Vgl. IDR. 2 Nr. 2 zu §§ 210 ff. HGB.

2. Prozeßkosten.

RG. JW. **04** 214, BauersZ. **11** 199, ZAktWes. **14** 212, Gruchots Beitr. **48** 627: Auch in den von der AG. auf Verlangen der Minderheit geführten Prozessen ist die Gesellschaft Partei. Sie hat daher gegebenenfalls die Gerichtskosten zu bezahlen. Abs. 4 des § 269 ist eine nur nach innen wirkende Vorschrift.

§ 271. Literatur: Fuld, Zur Anfechtung eines Beschlusses der Generalversammlung. ZAktWes. **14** 3. — BauersZ. **11** 173: Können allzu hohe Abschreibungen auch dann angefochten werden, wenn diese laut Statut durch den Aufsichtsrat erfolgen? — BauersZ. **11** 246: Vertrauliche Mitteilungen, die der Generalversammlung vorenthalten werden, kann man einer von derselben erwählten Kommission unterbreiten. — BauersZ. **12** 54: Das Recht zur Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses, der das Gesetz oder Statut verletzt, kann dem anfechtenden Aktionär nicht abgekauft werden. — Das. 55: Von der Sicherheitsleistung, wenn aktionärseitig ein Generalversammlungsbeschluß angefochten wird.

1. Voraussetzungen der Anfechtung.

a) Im allgemeinen:

α. Fuld a. a. O.: Ein Aktionär kann den Beschluß einer Generalversammlung, in welcher er zugegen gewesen ist, nur dann anfechten, wenn er ihm widersprochen hat. Widerspruch gegen den nachher zum Beschluß erhobenen Antrag genügt nicht; doch kann der Widerspruch gegen den Beschluß schon vor der Abstimmung erklärt werden. Ob der Widerspruch protokolliert ist oder nicht, ist gleichgültig. Der klagende Aktionär muß, im Bestreitungsfalle beweisen, daß er widersprochen, und seinen Widerspruch nicht zurückgezogen habe.

Die Anfechtung kann erfolgen wegen jeder Verletzung des Gesetzes oder Gesellschaftsvertrags; es braucht sich nicht um zwingende Vorschriften zu handeln, auch nicht um solche Vorschriften, welche den Schutz des anfechtenden Aktionärs bezwecken. Der Beschluß braucht nicht auf der Gesetzesverletzung beruhen, doch steht der beklagten AG. der Nachweis offen, daß die Verletzung für den Beschluß bedeutungslos sei.

Nach Ablauf der Klagefrist von einem Monate können auch mit Zustimmung der AG. nicht neue Anfechtungsgründe zur weiteren Stützung der rechtzeitig erhobenen Klage geltend gemacht werden. Die Voraussetzungen des § 271 sind von Amts wegen zu prüfen. Die Voraussetzung des Abs. 3 Satz 2 trifft auch zu, soweit es sich um die Dotierung von Spezialfonds handelt.

Die Anfechtungsklage muß dem Vorstand und Aufsichtsrat zugestellt werden; doch genügt nach § 171 ZPO. die Zustellung an je ein Mitglied der beiden Organe.

Die Sicherheitsleistung kann nur für solche Nachteile in Anspruch genommen werden, welche der AG. böslich zugefügt sind. Der Kläger muß wissen, daß seine Klage grundlos ist.

Einem Mitgliede des Vorstandes oder Aufsichtsrats steht das im Abs. 4 des § 271 geregelte Anfechtungsrecht auch dann zu, wenn es in seiner Eigenschaft als Aktionär in der Generalversammlung dem Beschlusse zugestimmt hat, denn seine Rechte und Pflichten als Mitglied des Gesellschaftsorgans sind unabhängig von seiner Eigenschaft als Aktionär.

β. RG. SeuffA. 59 105, Holdheims MSchr. 04 75, Bauers Z. 11 102: Die Anfechtungsklage kann auf einen Grund gestützt werden, der bei dem in der Generalversammlung erhobenen Widerspruche nicht erklärt worden war; auch darf der Anfechtende in der Klage einen anderen Grund geltend machen, als den, auf welchen er in der Generalversammlung seinen Widerspruch gestützt hatte. Dagegen darf er sich nicht nach Ablauf der im § 271 Abs. 2 gegebenen Frist auf Tatumstände berufen, aus denen sich eine Verletzung des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrags ganz anderer Art ergeben würde, da dies die Erhebung einer verspäteten Klage wäre. Für die Beurteilung einer solchen Klagänderung sind nicht die §§ 264, 269, 527 ZPO. maßgebend, sondern die öffentlich-rechtliche Vorschrift des § 271 Abs. 2 HGB.

b) Ungenügende Bekanntgebung der Unterlagen des Beschlusses.

Bauers Z. 11 246: Ein Beschluß kann von einem Aktionär nicht deshalb angefochten werden, weil die für ihn maßgebenden tatsächlichen Verhältnisse aus Rücksicht auf die Wahrung des Geschäftsgeheimnisses nicht der Generalversammlung selbst, sondern nur einer von dieser gewählten Kommission offengelegt sind. In diesem Falle kann nicht gesagt werden, daß die nicht zur Kommission gehörigen Aktionäre „nicht zugelassen" gewesen seien.

c) Anfechtung aus Zweckmäßigkeitserwägungen.

RG. Holdheims MSchr. 04 166, R. 04 579: Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen kann nicht auf bloße Erwägungen der Zweckmäßigkeit gestützt werden, da über diese die Generalversammlung endgültig zu entscheiden hat.

d) Anfechtung wegen übermäßiger Abschreibungen.

Bauers Z. 11 173: Übermäßige Abschreibungen können auch dann angefochten werden, wenn sie nicht von der Generalversammlung, sondern auf Grund einer statutarischen Bestimmung — deren Gültigkeit allerdings zweifelhaft ist — von dem Aufsichtsrate verfügt sind. Durch Genehmigung der Bilanz beschließt auch hier die Generalversammlung, wenn auch indirekt, über die Abschreibungen; und dieser Beschluß ist anfechtbar.

e) Vgl. ferner oben Note 1b zu § 250 und zu § 257.

2. Verkauf des Anfechtungsrechts.

Bauers Z. a. a. O. 54: Der Verkauf des Anfechtungsrechts an den Vorstand der AG. ist ein unsittliches und deshalb nichtiges Rechtsgeschäft, weil es auf eine Bezahlung für die Anerkennung eines Unrechts hinausläuft, gegen das der Aktionär vorher im Interesse der Allgemeinheit protestiert hat. Unsittlichkeit liegt aber auch auf seiten der AG. vor, sofern diese ein Opfer bringt, um einen ungesetzlichen Zustand in der Gesellschaft fortbestehen zu lassen. — ➻ Sehr bedenklich; Vergleich! — Red. ⟵

3. Das Verlangen nach Sicherheitsleistung.

a) RG. Holdheims MSchr. 04 108 f., JW. 03 289: Die Entscheidung über die Sicherheitsleistung erfolgt durch ein Zwischenurteil, welches ebenso wie die gemäß §§ 207, 309, 320 HGB. ergehenden Zwischenurteile der selbständigen Anfechtung gemäß § 275 Abs. 2 ZPO. nicht unterliegt.

b) OLG. 8 386, HansGerZ. 04 Hauptbl. 138, Bauers Z. 11 224 (Hamburg): Das OLG. führt an einem näher dargelegten Falle aus, unter welchen Voraussetzungen das Verlangen nach Sicherheitsleistung gerechtfertigt erscheint. — ➻ Bei der maßgebenden Bedeutung der konkreten Sachlage muß auf eine Wiedergabe des näheren Inhalts verzichtet werden. — Red. ⟵

Vierter Titel. Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

Literatur: Rehm, Die Rechtsfragen in der Hiberniasache, DJZ. 04 953 ff. ➻ handelt im wesentlichen über die Auslegung des § 33 des Statuts der Hibernia; ⟵ (s. auch zu §§ 252, 312). — Ders., Neue Rechtsfragen des Hiberniafalls, DJZ. 04 1028.

§ 274. Literatur: BauersZ. **12** 274: Die AG. kann die Verpachtung ihres gesamten Betriebs mit einfacher Stimmenmehrheit beschließen.

1. BauersZ. a. a. O.: Die AG. bedarf keiner Statutenänderung, wenn sie den bisher von ihr selbst geführten Betrieb an einen anderen verpachtet. Sie gibt damit ihren gesellschaftlichen Zweck nicht auf; es ist, soweit das Statut nichts anderes besagt, nicht ausgeschlossen, daß sie sich zur Erreichung ihrer wirtschaftlichen Zweckbestimmung einer Mittelsperson oder einer anderen Gesellschaft bedient.

2. Darüber, inwieweit die ursprünglichen Bestimmungen des Statuts bei einer späteren Änderung fortgelassen werden dürfen, vgl. Note 2 zu § 186.

§ 276. 1. Leist a. a. O. 143: Auch bei einer Nebenleistungs-AG. kann von der Mehrheit die Fortsetzung über die ursprünglich in Aussicht genommene Dauer der Gesellschaft hinaus beschlossen werden. Der Wortlaut des § 276 scheint zwar dagegen zu sprechen, weil hier davon die Rede ist, daß eine Verpflichtung der im § 212 bezeichneten Art nur mit Zustimmung sämtlicher betroffener Aktionäre „begründet" werden kann; allein überwiegende Gründe sprechen für die vertretene Auffassung.

2. Vgl. Note 4 zu § 212.

§ 277. **OLG.** Dresden, BauersZ. **12** 53, ZBlFrG. **5** 249: Ein Generalversammlungsbeschluß, laut welchem behufs Vornahme von außerordentlichen Abschreibungen die Aktionäre zur Zuzahlung von 30 % ihrer Aktien aufgefordert und die Aktien, auf welche die Zuzahlung geleistet werden würde, als Vorzugsaktien mit bestimmten Vorzugsaktien ausgestattet werden sollen, sowie die Durchführung der Beschlüsse und die Fassung der sich daraus ergebenden (näher festgestellten) Abänderungen des Gesellschaftsvertrags dem Aufsichtsrate übertragen wird, kann erst dann in das Handelsregister eingetragen werden, wenn die Beschlüsse durchgeführt sind und somit feststeht, wieweit Aktien durch Leistung der eingeforderten Zuzahlung zu Vorzugsaktien umgewandelt sind.

§ 278. Literatur: Buchhaltungsfragen bei Kapitalserhöhung. ZAktWes. **14** 256 ff. — Fellmetz, Die bilanzmäßige Behandlung der Veränderungen des Aktienkapitals. ZBad. Verw. **36** 133.

Vgl. oben die Note zu § 195.

§ 280. Literatur: BauersZ. **11** 147: Die Verantwortlichkeit der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, welche sich weigern, die Anmeldungen bezüglich der Grundkapitalsveränderung vorzunehmen.

BauersZ. a. a. O.: Gegen ein Mitglied des Aufsichtsrats, welches sich in der im Titel genannten Weise weigert, kann auf Feststellung seiner Verpflichtung und auf Schadenersatz geklagt, auch kann es durch Beschluß der Generalversammlung seines Amtes entsetzt werden. Dasselbe gilt für die Mitglieder des Vorstandes, zu deren Entsetzung es aber des Eingreifens der Generalversammlung nicht bedarf (s. § 231).

§§ 284, 285. Vgl. die vorstehende Note zu § 280.

§ 289. 1. Die Rückzahlungsansprüche der Aktionäre im Konkurse.

Bett, Konkurs der AG.en usw. 70: Der Aktionär hat ein durch die Befriedigung oder Sicherstellung der sich innerhalb eines Jahres dazu meldenden bisherigen Gläubiger bedingtes Forderungsrecht, sobald die beschlossene Herabsetzung eingetragen und ihre Höhe genau bestimmt ist. Er ist dann mit ihr Konkursgläubiger gemäß Ziff. 6 des § 61 KO.

2. **RG.** Holdheims MSchr. **04** 111, BauersZ. **11** 175: Wird das Grundkapital durch Zusammenlegung von Aktien herabgesetzt, und gleichzeitig durch Ausgabe neuer Aktien wieder erhöht, und dabei bestimmt, daß die alten Aktien

ihre Kraft verlieren und die dafür zu gewährenden neuen Aktien zur Verfügung des Besitzers der alten Aktien gehalten werden sollen, bis der Umtausch erfolgt sei, so erwerben die Umtauschberechtigten mit der Eintragung des Herabsetzungsbeschlusses die Anteilsrechte bezüglich der neuen Aktien. — Im übrigen beschäftigt sich die Entscheidung mit der statutarischen Bestimmung, daß die Dividendenansprüche in fünf Jahren verjähren.

3. Vgl. auch die Note zu § 280.

Fünfter Titel. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

Literatur: Bett, Der Konkurs der AG.en und ihre Erneuerung; Goldstein, Konkurs der AG.en. Hirths Ann. 34 721 (vgl. IDR. 2 zu § 298 HGB. u. a.).

Bett erörtert 107 ff. die Möglichkeiten juristischer und tatsächlicher Natur, eine in Schwierigkeiten geratene AG. der Vernichtung durch die Eröffnung und Durchführung des Konkurses zu entziehen.

§ 292. Auflösung der AG. durch Ablauf der im Vertrage bestimmten Zeit.

RG. Holdheims MSchr. **04** 136, BankA. 3 78, JW. **04** 44, R. **04** 579, BauersZ. **11** 198: Ist die vertragsmäßig für die Dauer der AG. vorgesehene Frist abgelaufen, so kann die Gesellschaft nicht mehr hinterher ihre Fortsetzung beschließen. Dagegen kann sie vor Herankommen jenes Zeitpunkts eine Verlängerung der Lebensdauer der Gesellschaft im Wege der Statutenänderung herbeiführen, soweit nicht etwa der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt. — Ist in diesem eine Verlängerung der AG. für den Fall vorgesehen, daß die Gesellschaft nicht zu einem bestimmten Zeitpunkte gekündigt wird, so kann die Sachlage derart sein, daß jeder kündigende Aktionär ein Sonderrecht auf Auflösung und Liquidation der AG. erwirbt. Auf dieses Sonderrecht kann er jedoch ausdrücklich oder stillschweigend verzichten, und ein Aktionär, welcher nicht gekündigt hat, ist nicht befugt, seinerseits die unter Verletzung des Sonderrechts eines anderen Aktionärs beschlossene Verlängerung der AG. wegen dieser Verletzung anzufechten.

§ 293. Literatur: Bett, Der Konkurs der AG.en und ihre Erneuerung. — Goldstein, Konkurs der AG.en, Hirths Ann. 34 721. — Lehmann, Lehrbuch II 597 ff.

1. Allgemeines über den Konkurs.

Bett a. a. O.: a) Zur Ergänzung der allgemeinen Konkursnormen sind die Vorschriften des HGB. über die Liquidation heranzuziehen: Der Konkurs ist Zwangsliquidation (6).

b) Der inländische Konkurs ergreift nur das inländische, der ausländische nur das ausländische Vermögen der AG. Ist der Konkurs der im Auslande befindlichen Hauptniederlassung beendet und hat die AG. damit ihre Rechtsfähigkeit verloren, so kann der im Inland über die Zweigniederlassung eröffnete Konkurs gleichwohl fortgesetzt werden, weil nach deutschem Rechte die AG. bis zur Vollendung der Verteilung des Vermögens fortbesteht und konkursfähig bleibt, die Verteilung aber noch nicht beendet ist, solange die Bestände der Zweigniederlassung noch vorhanden sind (15).

c) Die Klage auf Anerkennung der Mitgliedschaft ist während des Konkurses gegen den Vorstand, nicht gegen den Konkursverwalter zu richten; so auch **RG.** v. 11. 5. 96 (66).

2. Fortbestehen der Gesellschaftsorgane neben dem Konkursverwalter.

a) Bett a. a. O. 32 ff.: Die Organe der AG. bleiben auch im Konkurse der AG. bestehen, da die AG. im Konkursverfahren vielfach als Gemeinschuldner mitzuwirken hat.

b) Einzelnes: Der Ausbruch des Konkurses löst an sich nicht das Dienstverhältnis zwischen Vorstand und AG., er kann aber wichtiger Kündigungsgrund werden (40 f.). — Der Vorstand, nicht der Konkursverwalter kann einen Rechtsanwalt von der Pflicht der Amtsverschwiegenheit entbinden (33). Er hat Auskunft zu erteilen (§ 100 KO.), den Offenbarungseid zu leisten; er ist den Zwangsmitteln nach § 101 unterworfen. — Über die Frage, inwieweit im Konkurse der AG. Rechtsfolgen aus solchen Handlungen des Vorstandes entstehen, die, wenn er der Gemeinschuldner wäre, die Entziehung gewisser Konkursvorteile zur Folge haben würden, vgl. 35 ff.

Der Aufsichtsrat und die Generalversammlung behalten ihre früheren Befugnisse, wenn auch beschränkt durch das Konkursverfahren (43).

3. Zwangsvergleich.

Bett a. a. O. 96: Die AG. kann den Konkurs durch Zwangsvergleich beschließen auch dann, wenn sie schon vor Ausbruch des Konkurses „aufgelöst" war.

§ 294. Literatur: BauersZ. **11** 83: Über die Entschädigung des Aufsichtsrats während der Liquidation.

1. SächsOVG., DJZ. **04** 127: Durch den Eintritt der Liquidation verliert die AG. ihre Rechtspersönlichkeit nicht.

2. Bauers Z. a. a. O.: Der Aufsichtsrat kann vom Beginne der Liquidation an nicht mehr seine bisherigen Bezüge, einerlei, ob Gehalt oder Tantième fordern, vielmehr muß die Generalversammlung über die ihm nunmehr zu gewährende Tantième Beschluß fassen. Für das Geschäftsjahr bis zum Beginne der Liquidation haben die Aufsichtsratsmitglieder, soweit sie feste Bezüge hatten, Anspruch auf einen der Zeit entsprechenden Anteil.

§ 295. 1. KG., OLG. **8** 235, RJA. **4** 147, ZBlFrG. **4** 728, **5** 92, Bauers Z. **11** 172: Weder der Aufsichtsrat noch ein Aktionär haben ein Recht zur Beschwerde gegen die Ernennung eines Liquidators durch das Amtsgericht. Nach dem HGB. ist weder der einzelne Aktionär noch der Aufsichtsrat zur Vertretung der Gesellschaft berufen: mithin gehören sie im fraglichen Falle nicht zu denen, deren Recht durch die Verfügung beeinträchtigt ist (§ 20 FrGG.).

2. KG., ZBlFrG. **5** 355, EisenbE. **20** 244, R. **04** 506: Nur physische Personen können zu Liquidatoren einer AG. bestellt werden, dagegen nicht eine Behörde; wohl aber kann ein Beamter oder der Einzelträger einer Behörde Liquidator werden, sofern die Firmenzeichnung der Vorschrift des Abs. 4 im § 296 genügt.

§ 296. **RG.** Holdheims MSchr. **04** 186, R. **04** 580: Die Wirksamkeit der Bestellung eines Liquidators ist nicht von der Anmeldung und Eintragung in das Handelsregister abhängig.

§ 298. LG. Mannheim, ZAktWes. **14** 224 ff. behandelt ausführlich, inwieweit ein Generalversammlungsbeschluß, welcher die Verteilung von gewissen Aktien der AG. in natura vorsieht, zulässig ist. Es geht dabei davon aus, daß eine Naturalverteilung gegen das Recht dann nicht verstößt, wenn die gemeinschaftlichen Gegenstände nach Maßgabe der Vorschriften des § 752 BGB. teilbar sind, und bei der Verteilung das Prinzip der Gleichberechtigung der Aktionäre nicht verletzt wird.

§ 300. 1. Heranziehung zu Einzahlungen.

Bett a. a. O. 50: Zur Leistung von ausstehenden Einzahlungen sind die Aktionäre gleicher Aktiengattungen gleichmäßig heranzuziehen. Erläßt der Konkursverwalter einem der Betroffenen vergleichsweise die Leistung, so steht den übrigen Aktionären eine Einrede dahin zu, daß die Einforderungen den Betrag nicht über-

steigen, der für die Konkursmasse erforderlich wäre, wenn der Vergleich mit dem Aktionär nicht stattgefunden hätte.

2. Der Maßstab bei Heranziehung von Aktien gleicher Art mit verschieden hohen Einzahlungen.

a) Bett a. a. O. 51: Sind auf Aktien gleicher Art Einzahlungen in verschiedener Höhe gemacht (möglich bei den Versicherungsgesellschaften), so sind die Nachforderungen derart auf sie zu verteilen, daß die nach Leistung derselben verbleibenden Restbeträge bei allen Aktionären den Aktienbeträgen prozentual gleichbleiben; waren also auf A. 30 %, auf B. 50 % eingezahlt, so muß die Verteilung derart erfolgen, daß nachher auf A. und B. die gleiche Summe eingezahlt ist. Durch die bloße Verschiedenheit der Zeit der Ausgabe wird die Haftung der Aktionäre nicht eine verschiedene. — In gleichem Sinne Lehmann, Aktienrecht II 591.

b) Goldstein, Hirths Ann. **34** 744 will, ohne nähere Begründung, die Nachforderungen gleichmäßig, ohne Rücksicht auf die geleisteten Einzahlungen verteilen: sind auf A. 75 %, auf B. 25 % eingezahlt und müssen 50 % des Nennwerts von A. und B. nachgefordert werden, so sind nach ihm von A. wie von B. je 25 % einzufordern.

3. Anderweite Verwendung des Vermögens der AG.

Leist a. a. O. 142: Die Generalversammlung kann, da entgegengesetzte Bestimmungen im Gesetze nicht getroffen sind, eine anderweite Verwendung des Vermögens der AG. als durch Verteilung beschließen.

§ 302. KG., KGJ. **28** A 53, RJA. **4** 210, ZBlFrG. **5** 423: Das Registergericht hat nicht zu prüfen, ob die Sperrfrist abgelaufen ist. Es hat sich auf alle Fälle mit dem Nachweise zu begnügen, daß die Generalversammlung der Aktionäre das Erlöschen der Firma anerkannt hat. Hierdurch wird jedoch nicht ausgeschlossen, daß das Registergericht dem Antrag auf Eintragung des Erlöschens der Firma nicht stattgibt, wenn aus den Unterlagen der Anmeldung oder sonstigen Tatsachen die Nichtbeendigung der Liquidation hervorgeht.

§ 303. **RG.** JW. **04** 180, **RG. 56** 292: Fusion einer Versicherungsbank mit einer AG. ist nicht Rückversicherung, sondern Schuldübernahme.

§ 304. Literatur: ZAktWes. **14** 185: Verstaatlichung von AG.en.

ZAktWes. a. a. O.: Die Verstaatlichung einer AG. ist nach § 304, ergänzend § 303 zu beurteilen. Der betreffende Vertrag bedarf der Form des § 311 BGB. Das Erlöschen der Firma braucht nicht besonders zum Handelsregister angemeldet zu werden. Der Staat haftet nicht gemäß § 419 BGB. schon vor der Eintragung des Verstaatlichungsbeschlusses der AG. für ihre Schulden, da die Vereinbarung über die Verstaatlichung erst mit der Eintragung gemäß Abs. 4 § 304 wirksam wird.

§ 306. Konkurs über die übernommene und die übernehmende AG. 1. Vgl. JDR. **2** Note 1 zu § 306.

2. Bett a. a. O.: Über das Vermögen der übernommenen AG. kann ein selbständiger Konkurs eröffnet werden, solange die Vereinigung mit dem Vermögen der übernehmenden noch nicht erfolgt ist. Als Gemeinschuldnerin gilt dabei nach der Fiktion des Abs. 4 dieses Paragraphen die untergehende Gesellschaft, während es in Wahrheit die übernehmende ist (11).

Den Gläubigern der übernommenen Gesellschaft haftet während der Sperrzeit neben dem Vermögen der übernommenen das der übernehmenden Gesellschaft. Ist über das der übernommenen der Konkurs eröffnet, so können sie gleichwohl die Zwangsvollstreckung in das der übernehmenden betreiben. Im Konkurse der übernehmenden haben sie ein Aussonderungsrecht an dem Vermögen der übernommenen, denn dieses wird ihnen gegenüber als ein der übernehmenden Ge-

sellschaft fremdes Vermögen fingiert. Die Befriedigung aus ihm erfolgt im Wege der Liquidation, der etwaige Überschuß fließt in die Konkursmasse der übernehmenden AG. Ergibt sich bei der übernommenen eine Überschuldung, so ist über sie ein besonderer Konkurs zu eröffnen (80 ff.).

3. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 197: Mit den Bestimmungen der §§ 304, 306 ist wohl vereinbar eine Vereinbarung, daß die übernehmende Bank die übernommene unter Beibehaltung des Charakters der letzteren weiter führe, sofern nur nicht die Absicht dahin geht, daß die übernommene noch fernerhin ein selbständiges Vermögenssubjekt bilden soll. Ist in dem Fusionsvertrag ausbedungen, daß die Aktionäre der übernommenen Bank Aktien der übernehmenden erhalten sollen, so ist das nicht dahin zu verstehen, daß diese Aktien der übernommenen Bank und von dieser den Aktionären ausgekehrt werden sollen, denn die übernommene Bank existiert nach der Fusion nicht mehr. Der Fusionsvertrag ist vielmehr insofern ein Vertrag zugunsten Dritter, nämlich der genannten Aktionäre.

§ 307. 1. Voraussetzung der Fortsetzung.

Bett a. a. O. 104: War die AG. bereits vor der Eröffnung des Konkurses aufgelöst, so kann ihre Fortsetzung unter den in Abs. 2 aufgeführten Bedingungen nicht beschlossen werden. Eine Ausnahme gilt nur in den Fällen, wo eine nach § 307 Abs. 1 HGB. aufgelöste oder nach § 310 HGB. nichtige AG. in Frage steht.

2. Voraussetzung des Fortsetzungsbeschlusses.

Bett a. a. O. 105: Der Fortsetzungsbeschluß wird mit einfacher Majorität gefaßt. Es ist unrichtig, $^3/_4$ Majorität zu fordern, weil der Auflösungsbeschluß nur mit einer derartigen Mehrheit gefaßt werden kann. § 251 Abs. 1 fordert für die Beschlüsse der Generalversammlung im allgemeinen nur einfache Mehrheit und eine analoge Anwendung des § 292 Ziff. 2 ist bei dem singulären Charakter der Fortsetzungsbeschlüsse nicht am Platze.

§ 309. Literatur: Keßler, Kann eine AG. deren Firma im Handelsregister mit der Bezeichnung „AG." eingetragen ist, für nichtig erklärt werden, wenn im Gesellschaftsvertrage die Firma ohne diese Bezeichnung bestimmt ist? — Muß der Grundbuchrichter den Eintragungsbewilligungen einer solchen AG. stattgeben. ZBlFrG. 5 210.

*Keßler a. a. O.: Eine AG., deren Firma im Gesellschaftsvertrag ohne die Bezeichnung „Aktiengesellschaft" bestimmt ist, kann für nichtig erklärt werden, auch wenn die Firma im Handelsregister mit dieser Bezeichnung eingetragen ist. Denn diese im Gesellschaftsvertrag enthaltene, nach § 182 Abs. 2 wesentliche Bestimmung über die Firma ist nichtig, weil sie die zwingende Vorschrift des § 20 Satz 2, wonach die Firma die Bezeichnung „Aktiengesellschaft" zu enthalten hat, verletzt. Die zwingende Natur dieser Vorschrift ergibt sich aus deren Entstehungsgeschichte. Der im Gesellschaftsvertrag enthaltene Mangel wird nicht dadurch geheilt, daß die Firma ins Handelsregister mit der Bezeichnung „Aktiengesellschaft" eingetragen wird. Denn §§ 309—311 beziehen sich ebenso wie § 144 FrGG. gerade auf den Fall, daß die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist, trotzdem die Eintragung wegen eines wesentlichen Mangels im Gesellschaftsvertrage nicht hätte erfolgen dürfen. Dieser Mangel kann nur auf dem im § 310 vorgeschriebenen Wege geheilt werden. Solange aber die AG. im Handelsregister eingetragen ist, ist sie für den Rechtsverkehr gültig, die in ihrem Namen vom Vorstande vorgenommenen Verfügungen sind im Verhältnisse zu Dritten wirksam (§ 311 Abs. 2). Deshalb ist auch der Grundbuchrichter, solange die Nichtigkeit der Gesellschaft nicht im Handelsregister vermerkt ist, mit der Prüfung der Tragweite eines Mangels im Gesellschaftsvertrage nicht befaßt. Der Umstand, daß wegen eines solchen Mangels möglicherweise die Löschung der

Gesellschaft herbeigeführt werden könne, gibt ihm nicht das Recht, Eintragungsbewilligungen und Eintragungsanträge der Gesellschaft zurückzuweisen.

§§ 309 ff. Konkurs über eine nichtige AG.

Bett a. a. O. 13: Die nichtige Gesellschaft ist konkursfähig, weil sie wie eine Liquidationsgesellschaft zu behandeln ist. Erfolgt die Nichtigkeitserklärung nach Eröffnung des Konkurses, so braucht daher dieser nicht unterbrochen zu werden.

§ 311. Wirkung der Eintragung der Nichtigkeit.

1. Staub Anm. 4 zu § 311: Die Vorschriften des § 15 kommen neben dem § 311 nicht zur Anwendung. Die Tatsache, auf deren Kenntnis es nach § 15 ankommt, ist die Nichtigkeit der AG.; es würde aber zu unbilligen Härten führen, wenn der Dritte die Kenntnis dieser auch vor deren Eintragung gegen sich gelten lassen müßte.

2. Ehrenberg, Iherings J. **44** 322 bemerkt gegen Staub, daß die Tatsache, auf deren Kenntnis es ankommt, nicht die Nichtigkeit, sondern die Eintragung der Nichtigkeit ist; er hält den § 15 neben § 311 für maßgebend.

Sechster Titel. Strafbestimmungen.

§ 312. Rehm, DJZ. **04** 958: Ein Mitglied des Aufsichtsrats oder Vorstandes begeht keine Untreue i. S. des § 312, wenn er als Aktionär für Verstaatlichung der Gesellschaft stimmt, obwohl bei ihm die Überzeugung feststeht, daß der staatliche Übernahmepreis die zukünftige Ertragsfähigkeit des Unternehmens nicht aufwiege. Ebenso machen beide sich nicht haftbar, wenn sie einen der Gesellschaft nachteiligen Generalversammlungsbeschluß vollziehen, da sie diesem obersten Gesellschaftsorgan zu Gehorsam verpflichtet sind.

§ 313. Wann ist das Vergehen nach Ziff. 1 vollendet?

1. **RG.** (Str). **37** 26, Bauers Z. **12** 27 f.: Das Vergehen nach Ziff. 1 ist mit der Einreichung der die falschen Angaben enthaltenden Schriftstücke bei Gericht vollendet; es bedarf nicht noch weiter des Eintritts eines Erfolges.

2. **RG.** DJZ. **04** 996: Das Vergehen nach Ziff. 1 ist nicht erst dann vollendet, wenn der Registerrichter von den wissentlich falschen Angaben Kenntnis erlangt hat, sondern spätestens in dem Zeitpunkte, wo er im ordnungsmäßigen Geschäftsgange die Anmeldung entgegennimmt, sobald er das Schriftstück in seinen amtlichen Gewahrsam erhält: auf seine Kenntnisnahme von dem Inhalte kommt es nicht an.

§ 314. Literatur: Rehm, Die Übertreibung des Offenheitsprinzips im Aktienwesen, DJZ. **04** 34. — Bauers Z. **11** 83: Das Verschweigen von Zuschüssen zur Verbesserung der Dividende sowie die Beseitigung einer Unterbilanz sind strafbar. — Das. **11** 97: Erlaubte Verschleierungen und Fälschungen der Jahresrechnungen und Geschäftsberichte der AG. seitens des Vorstandes. — Das. **11** 173: Die Aufzeigung der Verluste und zweifelhaften Außenstände in der Bilanz.

1. Vgl. oben Note 1 zu § 260.

2. Die Voraussetzungen der Strafbarkeit aus Ziff. 1.

a) Allgemeines.

α. Rehm a. a. O.: Die Bestrafung aus Ziff. 1 setzt nicht Täuschungsabsicht voraus, s. Simon, JDR. **2** Note 1 zu § 314. Bei der genauen Formulierung, die der Gesetzgeber strafrechtlichen Tatbeständen zuteil werden läßt, kann ein derartiges Tatbestandsmoment nicht aus der Natur der Sache oder der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergänzt werden.

Die im Verkehrsinteresse notwendige Einschränkung der allgemeinen Ausdrucksweise der Ziff. 1 kann nur dem allgemeinen Tatbestandsmerkmale der Rechtswidrigkeit entnommen werden. Nur wer unberechtigt den Stand der Verhältnisse der AG. unwahr darstellt, ist strafbar. Die Geheimhaltung ist berechtigt und

deshalb nicht rechtswidrig, wenn die „Mitteilung einer Tatsache für die AG. größere Übel im Gefolge hat, als das Unterlassen der Mitteilung Nachteile für diejenigen, welche die Tatsachen nicht erfahren." Die Grenze des Geheimhaltungsrechts ist hinsichtlich des Geschäftsberichts weiter gesteckt als in bezug auf Bilanz und Gewinn- und Verlustkonto. Auch ist zu beachten, daß der Vorstand in bezug auf die Geschäftsverhältnisse „im Berichte: für das verflossene Geschäftsjahr, lediglich den Vermögensstand zur Zeit dessen rechnerischen Abschlusses zu erläutern" hat. Über die Entwicklung desselben kann er schweigen. Nur in bezug auf die übrigen Geschäftsverhältnisse (Grad der Beschäftigung, des Absatzes usw.) hat der Geschäftsbericht auch für den Lauf des Jahres Aufschlüsse zu gewähren. Stille Hilfen, welche vor dem Abschlusse des Jahres eingehen (z. B. Verlustdeckungen durch Mitglieder des Vorstandes, Aufsichtsrats oder Dritter) bedürfen im Geschäftsberichte keiner Andeutung.

β. Bauers Z. II 97 polemisiert gegen die Ausführungen Rehms: das Schwindelverbot im § 314 Ziff. 1 ist stärker, als das Verschweigen im angeblichen Interesse der Gesellschaft und auf Grund der kaufmännischen Sorgfalt.

γ. RG. Bauers Z. II 221: Die Offenbarungspflicht bezweckt, eine zuverlässige Grundlage zur Beurteilung der Lage der AG. zu schaffen. Die Pflicht erfordert daher, soweit es sich um die Darlegung der Geschäfte handelt, daß das Geschäft in allen seinen rechtlichen Beziehungen und in seinem dadurch bedingten praktischen Gesamtergebnisse mitgeteilt wird. Die Pflicht kann bereits dadurch verletzt werden, daß die Mitteilung der erforderlichen tatsächlichen und rechtlichen Angaben in den Bilanzen oder den sonstigen vorgeschriebenen Veröffentlichungen wissentlich unterlassen wird. Auch durch bloßes Schweigen kann der Tatbestand der Ziff. 1 erfüllt werden.

b) Einzelheiten:

α. Bauers Z. II 83: Das Verschweigen von Zuschüssen zur Verbesserung der Dividende, sowie die Beseitigung einer Unterbilanz sind strafbar.

β. Bauers Z. II 173: Der Vorstand verstößt nicht gegen die Ziff. 1, wenn er faule Außenstände in der Bilanz überhaupt nicht erwähnt.

§ 315. Vgl. RG. in Note 3 zu § 240.

Fünfter Abschnitt. Stille Gesellschaft.

§ 335. 1. RG. R. 04 485: Durch die Vertragsbestimmung, daß jemand als stiller Gesellschafter mit einem angegebenen Kapital in eine Firma eintritt, wird nicht ausgeschlossen, daß es sich in Wirklichkeit nicht um ein Gesellschaftsverhältnis, sondern um ein Darlehen handelt. Ein Gesellschaftsverhältnis kann nur dann angenommen werden, wenn eine Gewinnbeteiligung als solche besteht.

2. RG. JW. 04 197: Die Beteiligung bei dem Handelsgewerbe eines anderen mit einer Einlage gegen einen Gewinnanteil macht das Abkommen nicht unter allen Umständen zu einem Gesellschaftsvertrage; sie gibt dem Geschäft an sich nur das Gepräge eines partiarischen Darlehens.

3. Wegen der Befugnis des Komplementars zur Aufnahme eines neuen stillen Gesellschafters s. Note 3 zu § 126.

§ 337. RG. Holdheims MSchr. 04 159, Bauers Z. II 261: Rechtlich liegt das Verhältnis zwischen dem Geschäftsinhaber und dem stillen Gesellschafter folgendermaßen: an und für sich ist es Sache des Geschäftsinhabers, die Bilanz und die Berechnung von Gewinn und Verlust aufzumachen, und folglich auch die buchführungstechnischen Grundsätze für diese Auffassung zu bestimmen. Der stille Gesellschafter hat das Recht der Prüfung. Soweit er die Bilanz und Gewinnberechnung nicht beanstandet, ist sie für das Gesellschaftsverhältnis maßgebend

und insbesondere auch — von etwaigen Anfechtungsgründen abgesehen — gegen den Geschäftsinhaber entscheidend.

§ 338. KGJ. 28 A 57, RJA. 4 208, ZBlFrG. 5 421 (KG): Das Handelsregistergericht kann nach Auflösung der stillen Gesellschaft nicht mehr die in Abs. 3 vorgesehenen Anordnungen treffen. Abs. 3 enthält in Verbindung mit den §§ 145 f. FrGG. eine Durchbrechung des Prinzips, daß privatrechtliche Streitigkeiten im Prozeßweg auszutragen sind, und ist als Ausnahme strikt zu interpretieren. Da die Stellung des Paragraphen im Gesetze darauf hindeutet, daß er die Verhältnisse während des Bestehens der Gesellschaft betrifft, darf er daher nicht analog auf die Zeit nach ihrer Beendigung Anwendung finden.

§ 341. Vgl. JDR. 2 zu § 16 KO.

Drittes Buch. Handelsgeschäfte.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

Vorbemerkung: In diesem Abschnitt hat auch das Jahr 1904 die meisten Ergebnisse zu § 346 gezeitigt.

Von besonderem Interesse ist die unter § 346 III 6 angeführte Reichsgerichtsentscheidung, die zur Minderung des wirtschaftlichen Übergewichts der Syndikate sie strengeren Anforderungen von Treu und Glauben unterwirft.

Unverkennbar ist, daß die Auffassung von der Bedeutung der kaufmännischen Bestätigungsschreiben von einseitigen Vermerken in Preislisten usw. eine mehr und mehr einheitliche wird.

Von dem Kontokurrentverhältnis läßt sich nicht das gleiche sagen; hier bestehen in wichtigen Fragen (z. B. der des Einflusses von Differenzschulden auf den Saldo) zwischen der Auffassung der Handelskreise, der Theorie und der Rechtsprechung noch tiefgehende Gegensätze.

§ 344. 1. **RG.** I 9. 7. 04, JW. **04** 496, Holdheims MSchr. **05** 25: Zu den Rechtsgeschäften, in Ansehung deren die Vermutung des § 344 Abs. 1 Platz greift, gehören auch Spekulationsgeschäfte, klaglose Differenzgeschäfte, Lotteriespiel u. dgl.

2. **RG. 56** 196, JW. **04** 99[29]: Die Vermutung des § 344 Abs. 2 läßt sich nicht mit der bloßen Behauptung entkräften, daß dem Schuldscheine eine Verbindlichkeit zugrunde liegt, die ihrerseits nicht dem Handelsgewerbe des Schuldners angehörte, denn der Kaufmann ist nicht gehindert, auch solche Verbindlichkeiten, die an sich nicht handelsgeschäftlicher Natur sind, durch Ausstellung eines mit der Firma gezeichneten Wechsels oder eines anderen die Voraussetzungen des § 344 Abs. 2 erfüllenden Schuldscheins auf sein Handelsgeschäft zu übernehmen. Nur dann würde dem Schuldscheingläubiger die Einrede der Arglist entgegenstehen, wenn er aus der Urkunde eine Geschäftsverbindlichkeit herleitete, obwohl Gläubiger und Schuldner bei der Ausstellung darüber einig waren, daß eine Geschäftsverbindlichkeit damit nicht begründet werden sollte, und ihm dies bei Erwerb bekannt war.

3. **RG.** VI 24. 10. 04, JW. **05** 56[34]: Daraus, daß der kaufmännische Aussteller eines Schuldscheins diesen nicht mit seiner Firma, sondern mit seinem von ihr verschiedenen bürgerlichen Namen unterschrieben hat, ergibt sich noch nicht, daß der Schuldschein nicht im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet wäre.

§ 346. Literatur: Behrend und Gutsche: Handelsgebräuche im Großhandel und Schiffahrtsverkehr Magdeburgs, nebst Sammlung von Schlußscheinbedingungen, Schiedsgerichtsordnungen, Vorschriften usw., herausgegeben im Auftrage der Handelskammer zu Magdeburg. Magdeburg 1905. Kritik darüber R. 04 557. — Förtsch: Sprache der

Juristen, der Gesetze, der Geschäftswelt, DJZ. **05** 15—20. — Jacobson: Das Schweigen im Handelsverkehr, BankA. **3** 196—200. — (Anonym): „Der Erfüllungsort beim Handelsberuf", Holdheims MSchr. **04** 78—81. ⇛ Dieser Artikel stellt kurz die gesetzlichen Bestimmungen zusammen und gibt unter Berücksichtigung der Rechtsprechung Klauseln für vertragliche Abänderung an. ⇚ — Sontag: Die Geschäftsbedingungen im Verkehr der Banken und Bankiers mit ihrer Kundschaft, BankA. **3** 186—187.

I. Handelsgebräuche.

A. Allgemeines.

1. **RG.** II 27. 10. 03, BadRpr. **04** 10, ElsLothrZ. **29** 304, R. **04** 109 (vgl. JDR. **2** § 346 I 2c): Handelsgewohnheiten und -Gebräuche finden Anwendung, auch wenn die Partei dies nicht wollte, diesem ihren Willen aber nicht Ausdruck und Geltung verschaffte.

2. OLG. Marienwerder II 15. 1. 04, PosMschr. **04** 24 (abweichend JDR. **2** I 2a): Das Bestehen einer Übung in einem gewissen Handelszweige ist der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung gleichzustellen.

B. In einzelnen Geschäftszweigen und Orten.

1. **RG.** III 17. 11. 03, JW. **04** 46[16]: Bei Übersendungskäufen besteht der Handelsgebrauch, daß der Kaufpreis nicht schon bei der Übergabehandlung des Verkäufers, d. h. bei der Absendung zu zahlen ist, sondern erst am Bestimmungsorte, nachdem der Käufer hier in die Lage versetzt ist, über die Ware zu verfügen und ihre Beschaffenheit zu untersuchen.

2. KG. VI 9. 11. 03 auf Grund Gutachtens der Handelskammer von Berlin, KGBl. **04** 6, R. **04** 144: Im Getreidehandel besteht ein Handelsgebrauch, daß die Ware als genehmigt gilt, wenn sie am Ablieferungsorte vom Käufer oder dessen Spediteur übernommen wird; der Umstand, daß lediglich die Rüge dem Käufer rechtzeitig zugestellt worden ist, ist ohne Belang. Die Mängel müssen am Wohnorte des Spediteurs durch Sachverständige festgestellt werden.

3. Gutachten der Handelskammer Breslau vom 25. Februar 1904, BreslAK. **04** 16: Arbitrageklausel im Breslauer Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen (Getreide, Sämereien) bedeutet, daß der Käufer bei rechtzeitiger Mängelrüge berechtigt und unter Ausschließung aller anderen gesetzlichen Gewährleistungsansprüche verpflichtet ist, die mangelhafte Ware zu dem von der „Arbitrage-Kommission" festgesetzten Minderwert abzunehmen. — Voraussetzung ist aber dabei, daß die Mängel lediglich in einer geringeren Qualität bestehen und die Ware im übrigen vertragsmäßig ist.

Die Arbitrage — entweder „amtliche", d. h. durch gerichtlich vereidete Sachverständige (sie können Gebühren erheben) oder „freundschaftliche", d. h. kostenlose, auch durch andere Sachkundige — hat bindende Wirkung für die Vertragsteile.

Die übliche Fassung der Arbitrageklausel ist „Breslauer Arbitrage"; dann findet amtliche Arbitrage statt; soll sie „freundschaftliche" sein, so ist dies in der Fassung „freundschaftliche Breslauer Arbitrage" ausdrücklich hervorzuheben.

Eine Fassung:

„Eventuelle Differenzen werden durch freundschaftliche Breslauer Arbitrage geordnet"

bedeutet weitergehend, daß nicht nur die Frage der Vertragsmäßigkeit und des Minderwerts, sondern weitergehend alle Streitigkeiten aus der Lieferung unter Ausschluß des ordentlichen Rechtswegs entschieden werden sollen.

C. Bedeutung von Klauseln (vgl. a. o. B Nr. 3).

1. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. 223, OLG. **9** 274: Die Klausel:

„Im Falle von Differenzen ist vom Empfänger das Deutsche Konsulat oder eine andere behördliche Instanz am Bestimungsorte der Ware

zu veranlassen, Sachverständige zu ernennen, deren Entscheidung für beide Teile bindend ist"

enthält nicht einen Schiedsvertrag, sondern nur die Abrede eines Verfahrens, durch das im Zweifelsfalle die Kontraktlichkeit der Ware in unparteiischer Weise bindend festgestellt werden soll.

2. OLG. Hamburg, HansGerZ. 04 Hauptbl. 118, OLG. 9 271: Die Klausel cif (cost, insurance, freight) deutet lediglich darauf, daß der Verkäufer Kosten, Versicherung und Fracht übernimmt; sie hat nur den Zweck, dem auswärtigen Käufer im voraus die Berechnung zu ermöglichen, wie hoch sich die Ware an dem Ablieferungsorte für ihn stellen wird. Dagegen verpflichtet sie den Verkäufer nicht, die Ware zu frankieren.

3. v. Hartmann, Kontokurrentverhältnis 86, 87 (vgl. unten zu § 355): Die bei Rechnungen, Kontoauszügen usw. übliche Klausel „s. e. e. o.", „unter Vorbehalt der Richtigkeit" hat rechtlich keine Bedeutung. Irrtümer, und versehentliche Auslassungen können auch ohne sie jederzeit berichtigt werden; auch ohne sie hat der Rechnungssteller, wenn sein Korrespondent den Saldo trotz der Fehler anerkennt, die Rechte aus §§ 119 u. 812 BGB.

4. OLG. Hamburg, I 10. 6. 04, HansGerZ. 04 Hauptbl. 250: Aus der Vertragsbestimmung:

„Referenzmuster sind mit der Faktura einzusenden, unsere Muster, falls solche mit der Order gesandt, sind dabei zu retournieren"

ergibt sich nicht, daß bei sukzessiver Lieferung das Originalmuster schon bei der ersten Teillieferung zurückgegeben werden muß, vielmehr erscheint es ohne weiteres selbstverständlich, daß der Fabrikant, der für die mustergetreue Ausführung verantwortlich ist, das Recht hat, das Muster, nach welchem er arbeiten soll, bis nach Fertigstellung des ganzen zu liefernden Quantums zu behalten.

5. OLG. 8 56 (Dresden): Die Abmachung, daß eine gekaufte Ware „jederzeit" umgetauscht werden dürfe, bedeutet nach den Anschauungen des Verkehrs keineswegs, daß nun für das Recht auf Umtausch überhaupt keine zeitliche Begrenzung bestehen solle; es soll damit nur dem Käufer eine billige Frist zur Prüfung des gekauften Gegenstandes eingeräumt werden.

6. OLG. Hamburg, HansGerZ. 04 Hauptbl. 224: Die „Klausel:

„Als Erfüllungs- und Ablieferungsort im Sinne des § 377 HGB. gilt der überseeische Bestimmungsort"

bezieht sich nicht auf den Erfüllungsort im eigentlichen Sinne; aus ihr folgt nur, daß die Transportgefahr vom Käufer getragen wird.

7. OLG. Hamburg, HansGerZ. 04 Hauptbl. 44, OLG. 8 57: Der in der Order durch die Worte: „Kassa 30 Tage dato, Lieferung hier, mit 2 % Skonto" bedungene Abzug ist ein Kassaskonto, kein Warenskonto; der Käufer konnte ihn nur beanspruchen, wenn er innerhalb 30 Tagen nach Lieferung in Hamburg zahlte.

8. OLG. 8 56, R. 04 143 (Dresden): „Netto Kasse" bedeutet, daß der Kaufzins ohne Skonto zu zahlen ist; unter Nachnahme darf die Ware aber deshalb nicht versendet werden; das darf nur bei besonderer Vereinbarung geschehen.

D. Kaufmännischer Sprachgebrauch.

1. Förtsch a. a. O. 19, 20: „Andienen" (aus dem hanseatischen Geschäftsjargon stammend) bedeutet „anbieten", sowohl im Sinne von Vertragsantrag als vom realen oder wörtlichen Erfüllungsangebot; es kommt aber auch in der Bedeutung von „benachrichtigen" vor.

2. Förtsch 16: Der Kaufmann spricht von „Auftrag" („Order"), wo im juristischen Sinne ein „Antrag" (Kaufanerbieten) vorliegt (§ 145 BGB.).

3. Förtsch 17: Während das Gesetzbuch von „Bestätigung“ eines nichtigen oder anfechtbaren Vertrags redet (§§ 141, 144 BGB)., wendet der Kaufmann dieses Wort nicht nur an, wenn er einen in seinem Namen von einem Dritten ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Vertrag genehmigt (§ 177 BGB.), oder einen durch einen Vertreter ihm zugegangenen Vertragsantrag eines Dritten annimmt (§ 146 BGB.), sondern vor allem auch dann, wenn er lediglich bezweckt, den durch Stellvertreter fest abgeschlossenen, bindenden Vertrag schriftlich zu fixieren, — also in drei rechtlich ganz verschiedenen Fällen.

Entspricht das Bestätigungsschreiben genau dem, was der Bevollmächtigte oder Vertreter ohne Vertretungsmacht vereinbart hat oder was durch den Vertreter angeboten worden ist, so entstehen durch die Mehrdeutigkeit des Wortes „Bestätigen“ Zweifel meistens nicht: eine große Anzahl von Prozessen aber hat zum Gegenstande, daß das Bestätigungsschreiben sich mit dem Vereinbarten oder Angebotenen nicht völlig deckt und nun untersucht werden muß, welcher der drei oben unterschiedenen Fälle vorliegt. Nicht selten ist man versucht, in dem „wir bestätigen“ eine gewisse Hinterhaltigkeit oder Schlauheit zu finden, die auf die Nichtbeantwortung spekuliert, um aus ihr Einverständnis mit gewissen Zusätzen, z. B. über den Erfüllungsort, abzuleiten; ein gewissenhafter Mann sollte in solchen Fällen schreiben: „Ich genehmige den Vertrag nur, wenn Sie auch mit dem und dem Zusatz einverstanden sind“ oder dergl.

4. Förtsch 17: Schlußschein (nicht Schlußnote des § 94 HGB.) wird meist wohl gebraucht im Sinne einer einseitigen, dem anderen Teile ausgestellten Urkunde, in welcher eine Erklärung enthalten ist, die der Bestätigung im obigen Sinne entspricht, also eine dreifach verschiedene rechtliche Bedeutung haben kann.

5. Förtsch 17, 18; **RG. 57** 109; **JW. 04** 171[12]: Die Kaufmannswelt verbindet mit dem Worte „abnehmen“ nicht bloß die Befreiung des Verkäufers vom Besitze der Ware (§ 433 Abs. 2 BGB.), sondern die Erfüllungshandlungen des Käufers überhaupt.

6. Förtsch 18: „Abrufen“ kann bedeuten „spezifieren“, „Lieferungstage bestimmen“ oder auch „Transportmittel stellen“.

7. **RG. 57** 112, **JW. 04** 171[12], **DJZ. 04** 345: Schon unter der Herrschaft des AHGB. neigte sich die Praxis dahin, Erklärungen, in denen sich der Käufer von dem Vertrage lossagte, wie z. B.

„Der Vertrag sei nicht zustande gekommen“,
„man trete vom Vertrage zurück“,
„man annulliere den Vertrag“,

dem im Art. 354 AHGB. geforderten Zahlungsverzuge gleichzustellen, und die Geschäftswelt scheint daran festzuhalten. Das ist gerechtfertigt, denn mit solchen Erklärungen verzichtet der Käufer auf die Rechte aus § 320 Abs. 1 BGB., auf Mahnung und Fristsetzung.

II. Stillschweigen.

A. Bestätigungsschreiben (vgl. oben I, D 3).

1. Zweck.

a) OLG. Hamburg IV 16. 11. 03, HansGerZ. **04** Hauptbl. 20 (Revision vom RG. zurückgewiesen; vgl. u. Nr. 1c): Es entspricht einer allgemeinen Gewohnheit des Handelsverkehrs, daß der auswärtige Verkäufer, wenn der Verkauf durch einen Vertreter mündlich abgeschlossen wurde — wobei nebensächlichere Bestimmungen, auch die über den Erfüllungsort, häufig ausgelassen werden —, dem Käufer nachträglich eine schriftliche Bestätigung einsendet, in der

er, gemäß seiner Auffassung des ihm vom Vertreter mitgeteilten Abschlusses, die Einzelbedingungen zusammenfaßt.

b) **RG.** VII 9. 10. 03, Holdheims MSchr. **04** 28: Wenn im kaufmännischen Verkehre nach mündlichen Vertragsverhandlungen der eine Teil dem anderen ein Bestätigungsschreiben zugehen läßt, so ist der erkennbare Zweck eines solchen der, den Vertragsinhalt in authentischer und zugleich beweiskräftiger Form festzustellen. Ein solches Schreiben enthält den rechtsgeschäftlichen Vorschlag (Offerte) an den anderen Teil, sich mit dem Inhalte des Schreibens einverstanden zu erklären; es will seinem Grunde entsprechend eine konstitutive Wirkung üben, ohne die er (!) eine Feststellung in rechtlicher Bedeutung nicht herbeiführen könnte.

c) **RG.** II 26. 4. 04, **58** 66, HansGerZ. **04** Hauptbl. 226 (die Revision gegen OLG. Hamburg IV 6. 11. 03, HansGerZ. **04** Hauptbl. 20 zurückweisend): Das Bestätigungsschreiben hat zum Zwecke, die von den Parteien von Anfang an in Aussicht genommene urkundliche Feststellung des vollständigen Inhalts eines vorher nur in seinen wesentlichen Bestimmungen mündlich beredeten Vertrags, bezüglich dessen daher auch nicht von Anfang an festgestanden hat, daß die durch mündliche Verabredung nicht geregelten Punkte lediglich durch die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften bestimmt werden sollten. (S. a. u. zu 2b.) Vgl. Jacobson a. a. O. 199.

d) Teilweise abweichend.

OLG. Hamburg III 7. 6. 04, HansGerZ. **04** Hauptbl. 282: Das Bestätigungsschreiben soll alle Bedingungen des Vertrags, wie sie der Bestätigende seinerseits auffaßt, nochmals erschöpfend zusammenfassen, weil erfahrungsgemäß bei nur mündlicher Beredung wichtigerer Verträge leicht Irrtümer und Mißverständnisse unterlaufen. Es will die gefährlichere mündliche in die sichere schriftliche Form des Vertrags überleiten.

e) OLG. Marienwerder, PosMschr. **04** 24: Bestätigungsschreiben haben den Zweck, durch unmittelbar übereinstimmende Festsetzungen die Möglichkeit künftiger Streitigkeiten auszuschließen.

f) Abweichend besonders (s. a. u. 3b):

OLG. Kiel I 26. 9. 04, SchlHolstAnz. **04** 327: Das Bestätigungsschreiben enthält keine vollständige Vertrags-Beurkundung und soll sie auch nicht enthalten; sein Zweck ist eine kurze Fixierung des Hauptinhalts des Geschäfts.

2. Stillschweigen auf Bestätigungsschreiben gilt als Genehmigung:

a) OLG. Hamburg, HansGerZ. **05** Hauptbl. 282 (ebenso dort **04** 20, 128): Von einem Kaufmann kann erwartet werden, daß er auf ein so gefaßtes Bestätigungsschreiben baldtunlichst widersprechend antworte, wenn er in irgendeinem Punkte den Inhalt des „Bestätigten" für nicht mit dem mündlich Abgemachten vereinbar hält.

b) **RG.** II 26. 4. 04, **58** 66, HansGerZ. **04** Hauptbl. 226: Es entspricht nicht nur der Gewohnheit des Handelsverkehrs, sondern auch den Grundsätzen von Treu und Glauben, daß der Käufer das ihm vom Verkäufer selber übersandte Bestätigungsschreiben daraufhin prüft, ob er mit den darin aufgeführten Vertragsbestimmungen einverstanden ist, und daß er im Falle seines Nichteinverständnisses dies dem Verkäufer alsbald mitteilt, widrigenfalls aus seinem Stillschweigen eine Genehmigung der Vertragsbestimmungen seinerseits zu folgern ist. Dies erscheint um so mehr als zutreffend, als es sich in solchen Fällen nicht um eine der ursprünglichen Vertragsabsicht der Parteien nicht entsprechende Ergänzung oder Abänderung eines in allen Punkten festgestellten Vertrags handelt (vgl. oben Nr. 1c).

3. a) Besteht die Pflicht, zu widersprechen, auch dann, wenn in dem Bestätigungsschreiben etwas, das mit dem mündlichen Beredeten nicht vereinbar, enthalten ist? OLG. Hamburg III, HansGerZ. 04 Hauptbl. 282, läßt es dahingestellt bleiben; OLG. Hamburg V, HansGerZ. 04 Hauptbl. 128, scheint sie allgemein zu bejahen.

b) OLG. Kiel I 26. 9. 04, SchlHolstAnz. 04 327: Die Frage, ob mündliche Vereinbarungen neben Bestätigungsschreiben Geltung haben können, wird vom OLG. Kiel entsprechend seiner abweichenden Auffassung vom Zwecke der Bestätigungsschreiben (vgl. oben Nr. 1f) entschieden: „Mündliche Vereinbarungen, soweit sie nicht im Widerspruche mit dem Inhalte des Bestätigungsschreibens stehen, behalten auch dann ihre verbindliche Kraft, wenn gegen das Bestätigungsschreiben, das sie nicht erwähnt, von dem Empfänger kein Widerspruch erhoben worden ist." Die Bedeutung, „daß mündliche Vereinbarungen, über deren Inhalt das Bestätigungsschreiben nichts enthält, als beseitigt, als vertragsmäßig fallen gelassen anzusehen seien", hat das Bestätigungsschreiben nicht.

4. OLG. Marienwerder II 15. 1. 04, PosMschr. 04 24: In der Regel lassen die Bestätigungsschreiben den Vertragsabschluß unberührt. Eine Handelsübung aber, die an die Auswechselung gegenseitiger unmittelbarer Bestätigungen den Abschluß des Vertrags knüpfte, verstieße nicht gegen das Gesetz (§ 154 Abs. 2 BGB.).

B. Fakturen.

1. OLG. Hamburg IV, HansGerZ. 04 Hauptbl. 20: Die Faktura hat nicht dieselbe Bedeutung wie das Bestätigungsschreiben; sie übermittelt dem Käufer nur den vom Verkäufer an die Erfüllung des Vertrags geknüpften Anspruch auf die Gegenleistung; sie ist nicht bestimmt, den Vertragsinhalt noch nachträglich festzulegen, und daher begibt sich der Käufer durch Stillschweigen nicht des Rechtes, den Vertrag so geltend zu machen, wie er tatsächlich geschlossen worden ist.

2. Übereinstimmend:

OLG. Hamburg, HansGerZ. 04 Hauptbl. 128: Eine Pflicht des Empfängers, Abweichungen im Inhalte zu rügen, wenn er sie nicht stillschweigend genehmigen will, wie bei dem Bestätigungsschreiben, hat sich bezüglich sonstiger nach Vertragsabschluß gemachter Mitteilungen, z. B. Fakturen oder Kommissionskopien, nicht herausgebildet. Stillschweigen zu ihnen ist deshalb — wenn nicht besondere Umstände vorliegen — nicht als Zustimmung zu einer darin enthaltenen, mündlich noch nicht vereinbarten Bestimmung (z. B. über den Erfüllungsort) anzusehen.

3. RG. II 23. 4. 04, 57 408, JW. 04 341[12]: In der Regel sind einseitige Bemerkungen über den Erfüllungsort auf einer nach Abschluß und Bestätigung des Geschäfts dem Käufer übersandten Faktura nicht rechtsverbindlich; auch ist eine Faktura in der Regel nicht als Bestätigung eines geschlossenen Kaufes aufzufassen (vgl. JDR. 2 § 346 III 1a).

Wird aber eine Faktura, die nicht nur den Gegenstand des Geschäfts nach Ware, Menge und Preisbestimmung, sondern in dem Vordruck auch die allgemeinen Bedingungen, die der Verkäufer dem Geschäfte zugrunde legen wollte, aufführt, dem Käufer zugleich mit dem von ihm verlangten Bestätigungsschreiben des Verkäufers zugesandt, dann muß der Käufer die Angaben der Faktura ihrem ganzen Inhalte nach prüfen und, wenn er die auf den Erfüllungsort bezügliche Bestimmung ablehnen will, dies kundgeben.

C. Kommissionsnoten.

1. LG. Hamburg II, HansGerZ. 04 Hauptbl. 127: Kommissionsnoten haben den Zweck, den Inhalt des mündlich abgeschlossenen Geschäfts

schriftlich zu fixieren; sie sollen lediglich Beweismittel für die Bedingungen des Abschlusses sein, enthalten aber keine dispositiven Erklärungen der Kontrahenten und sind daher in ihrer rechtlichen Bedeutung nicht Schlußnoten oder Bestätigungsschreiben gleichzuachten.

2. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** 128 (vgl. JDR. **2** § 346 III 1b): Der Umstand, daß auch die früher dem Käufer erteilten Kommissionskopien den Vermerk über den Erfüllungsort getragen haben, ist unerheblich. Da alle jene Vermerke mangels nachträglicher Genehmigung ohne bindende Bedeutung für den Käufer waren, kann auch der jetzige, an sich ebenfalls unverbindliche Vermerk keine bindende Kraft erlangen.

D. Preislisten. (Vgl. JDR. **2** § 346 III 4, 5.)

1. OLG. **9** 131 (KG.): Ist in einem umfangreichen, nicht besonders übersichtlichen Preisverzeichnis unter der Überschrift „Anmerkungen" eine besondere Bestimmung über den Erfüllungsort getroffen, dann kann, wenn der Verkäufer ihn nicht ausdrücklich darauf hingewiesen hat, daß er den Gesamtinhalt des Katalogs in den Vertrag aufgenommen haben wollte, der Käufer sich mit Recht darauf berufen, daß ihm jener den Erfüllungsort betreffende Vermerk entgangen sei.

2. **RG.** II 26. 2. 04, Holdheims MSchr. **04** 224, R. **04** 225: Die Versendung von Preislisten hat nicht von vornherein den Charakter einer Erklärung, daß Versender ausschließlich zu den darin enthaltenen Bedingungen abschließe und sich auf Geschäfte zu anderen Bedingungen überhaupt nicht einlasse.

Erfolgt nach längerem Geschäftsverkehr eine Offerte des Versenders und die Bestellung des Käufers ohne Bezugnahme auf die Preisliste, die einen besonderen Vermerk über den Erfüllungsort enthält, dann ist mangels Erkennbarkeit eines anderen Willens des Verkäufers das Geschäft mit dem gesetzlichen Erfüllungsorte zustande gekommen, selbst dann, wenn die Verkäuferin in früheren Fällen unter ausdrücklicher Bezugnahme auf ihre Preislisten offeriert hatte.

E. Geschäftsbedingungen.

1. **RG.** I 9. 12. 03, Holdheims MSchr. **04** 105: Die wiederholte Zusendung von „Geschäftsbedingungen", die einen vom gesetzlichen abweichenden Gerichtsstand für maßgebend erklären, anläßlich der Behändigung von Rechnungsauszügen, das Schweigen des Kunden auf die Zusendung der Geschäftsbedingungen und die Fortsetzung des Geschäftsverkehrs in den neuen Rechnungsperioden rechtfertigen nach der Verkehrssitte und den Grundsätzen von Treu und Glauben den Schluß, daß er in die Abänderung der Zuständigkeit gewilligt habe. Vgl. hierzu Jacobson a. a. O. 199.

2. OLG. Stettin, II 18. 2. 04, PosMschr. **04** 34: Wer die einem Bestätigungsschreiben beigefügten „Bedingungen" unwidersprochen läßt, unterwirft sich ihnen, auch den dort über den Erfüllungsort getroffenen Bestimmungen. Dies folgt auch für den Nichtkaufmann aus § 157 BGB.

F. Allgemeine Geschäftsbedingungen (vgl. JDR. **2** § 346 zu III 6b, und unten zu §§ 355—357).

1. OLG. Hamburg, II 29. 10. 04, HansGerZ. **04** Hauptbl. 308: Wer mit einer Elb-Schleppschiffahrtsgesellschaft, welche Bedingungen, unter denen sie Verträge eingeht, aufgestellt und bekannt gemacht hat, kontrahiert, unterwirft sich stillschweigend ihren Bedingungen; denn er mußte annehmen, daß sie auch im vorliegenden Falle nur unter ihren üblichen Bedingungen schleppen werde.

2. **RG.** I 18. 5. 04, **58** 155: Allgemeine Geschäftsbedingungen, wie sie im Bankverkehr und bei Transport- und Versicherungsunternehmungen handelsüblich geworden sind, stellen zur Erleichterung des Geschäftsverkehrs im voraus und in typischer Weise die Bedingungen fest, unter denen der Bankier, Spediteur usw.

gewisse Geschäfte einzugehen gesonnen ist. Sie werden in gedruckten Formularen an die Kunden gegeben und bilden, wenn demnächst ein Geschäft abgeschlossen wird, mit ihren Einzelbestimmungen die lex contractus. — Hierin erschöpft sich aber ihre rechtliche Bedeutung. Keineswegs wird durch die Annahme und Billigung eines solchen, die Geschäftsbedingungen z. B. eines Bankiers enthaltenden Formulars ein selbständiger Vertrag geschlossen; vielmehr sind jene Bedingungen lediglich bestimmt und geeignet, Bestandteile der demnächst abzuschließenden Verträge zu werden und teilen deren rechtliches Schicksal.

III. Treu und Glauben.

1. OLG. Hamburg, II 17. 5. 04, HansGerZ. 04 Hauptbl. 199: Ein Kaufmann, für den ein Angestellter ohne Vollmacht eine verpflichtende Erklärung abgegeben hat, ist nach Treu und Glauben verpflichtet, diese Erklärung unverzüglich, sobald er von ihr erfahren hat, zu widerrufen; schweigt er, so gilt dies als Genehmigung.

2. OLG. Darmstadt, II 23. 1. 03, HessRspr. 5 57: Erfährt der Geschäftsinhaber, daß ein Angestellter für ihn eine Bestellung gemacht hat, dann ist er, will er sie für sich nicht gelten lassen, nach Treu und Glauben verpflichtet, sich gegen die Annahme der Bestellung zu verwahren; er darf nicht die Herstellung abwarten und sich darauf beschränken, die Sache dann als unbestellt zurückzuweisen.

3. RG. I 22. 6. 04, Holdheims MSchr. 05 22: Wer durch sein schlüssiges Verhalten einen anderen zur Annahme einer Bevollmächtigung verleitet hat, haftet nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr unter Kaufleuten dem Gegenkontrahenten für das wirkliche Bestehen der Vollmacht.

4. RG. I 22. 6. 04, Holdheims MSchr. 05 22: Daraus, daß der Direktor einer Gesellschaft die Empfangnahme und alleinige Quittung von Zahlungen auf ihrem Hauptkontor, also in seiner oder anderer Angestellten Gegenwart, einem Kollektivprokuristen gestattete, kann nicht geschlossen werden, daß diesem allgemein die Ermächtigung hierzu erteilt ist.

5. RG. II 29. 5. 03, ElsLothrJZ. 29 81: Mit dem Grundsatze der Vertragstreue steht es im Widerspruche, wenn ein Vertragsteil nicht in Wahrung seiner vertragsmäßigen Rechte und Interessen, sondern unter Verletzung seiner eignen Verpflichtung zur Vertragstreue aus Eigennutz oder aus sonst verwerflichem Beweggrund einen Dritten in der unlauteren Absicht, dem anderen Teile eine Falle zu stellen, zu einer Warenbestellung veranlaßt, deren Annahme und Ausführung den anderen Vertragsteil vertragsbrüchig macht und zur Zahlung einer Vertragsstrafe verpflichtet. Nur unter besonderen Umständen, wenn begründeter Anlaß vorliegt, an der Vertragstreue des Gegenkontrahenten zu zweifeln, kann allerdings ein Vertragsteil ein berechtigtes Interesse daran haben, die Vertragstreue des Gegners auf die Probe zu stellen.

6. RG. II 10. 6. 04, Holdheims MSchr. 04 300: An die Tätigkeit von Syndikaten, denen eine so erhebliche wirtschaftliche Macht zusteht, sind strengere Anforderungen an Treu und Glauben im Verkehr zu stellen, namentlich soweit es sich um von ihrer Seite an ihre Abnehmer gemachte Angaben oder Mitteilungen über Tatsachen handelt, die nur sie zu überblicken vermögen, die der Außenstehende aber überhaupt nicht oder doch nicht zuverlässig feststellen kann.

Folglich kann auch als arglistige Täuschung schon das Verschweigen der näheren Umstände jener Angaben und Mitteilungen erscheinen, wenn das Syndikat sich bewußt ist, daß die Kenntnis jener näheren Umstände auf die Entschließung seiner Abnehmer von bestimmendem Einflusse sein werde.

7. OLG. Frankfurt 22. 1. 04, BankA. 3 207: Zinsscheine (Kupons) werden im gewöhnlichen Verkehr im Zweifel nur zahlungshalber, nicht an Zahlungsstatt hingegeben.

Wer sie annimmt, ist verpflichtet, sie binnen angemessener Zeit bei der Zahlungsstelle zur Einlösung vorzuzeigen; Unterlassen macht schadensersatzpflichtig.

§ 347. I. Auskunfterteilung. (Vgl. auch JDR. 2 u. 3 zu BGB. § 676.)

1. OLG. Hamburg, HansGerZ. 04 Hauptbl. 53 (vgl. JDR. 2 § 347 I 1): Für Rat und Auskunft wird nur gehaftet bei Vorliegen einer unerlaubten Handlung oder eines Vertragsverhältnisses; ein solches besteht nicht, wenn die Parteien in keiner Geschäftsverbindung standen und die Auskunft unentgeltlich erteilt ist.

2. OLG. Hamburg I, HansGerZ. 04 Hauptbl. 53: Der Auskunftgeber ist dem Dritten, in dessen Auftrag die Auskunft eingeholt wurde, aus der Auskunft nicht verantwortlich. Welchen Gebrauch der Auskunftheischende der Auskunft macht, geht den Auskunftgeber nichts an; Auskünfte über Kreditwürdigkeit eines anderen sind ihrer Natur nach nicht für die Allgemeinheit bestimmt und werden unter der selbstverständlichen Pflicht zur Verschwiegenheit erteilt.

Anders verhält es sich mit Berichten, Empfehlungen und Ratschlägen, die von vornherein den Zweck haben, zur Kenntnis eines größeren Publikums gebracht zu werden. Bei Verschulden des Auskunftgebers mag hier auch seine Haftung unbestimmten Dritten gegenüber nicht ausgeschlossen sein.

3. **RG.** I 4. 11. 03, Holdheims MSchr. 04 47, BankA. 3 63: Wer wider besseres Wissen eine falsche Auskunft erteilt, haftet nach § 826 BGB. Dritten für den ihnen dadurch entstandenen Schaden nur dann, wenn er sich dessen bewußt war, daß der Anfragende die ihm erteilte Auskunft anderen oder einem anderen mitteilen werde; daß er sich dies hätte sagen müssen, genügt nicht.

4. **RG.** I 26. 1. 04, Holdheims MSchr. 04 107: Ein Kaufmann, der zwecks Absatzes von Wertpapieren (Kuxen) Angaben über die Verhältnisse und Aussichten des Unternehmens macht, leistet den Kunden kaufmännische Dienste, für die er in dem Kaufpreis ein Entgelt erwartet. Er muß deshalb dafür einstehen, daß er bei Leistung dieser Dienste die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns beobachtet hat.

5. **RG.** I 26. 1. 04, Holdheims MSchr. 04 107: Für die Fahrlässigkeit ist erheblich die persönliche Stellung des Beratenen und der Inhalt und Gegenstand der Empfehlung. Derselbe Rat kann einem geschäftlich nicht gewandten Privatmann gegenüber, der eine sichere Kapitalsanlage sucht, fahrlässig sein, während er es nicht ist gegenüber erfahrenen Börsenleuten, die ein gewagtes Geschäft unternehmen wollen.

6. **RG.** I 26. 1. 04, Holdheims MSchr. 04 107: Wer auf Grund eines Exposés Papiere kauft, handelt selber fahrlässig, wenn er die ihm übergebenen Unterlagen für das Exposé auf ihre Übereinstimmung damit nicht genau prüft und offenbare Abweichungen nicht bemerkt.

II. Giroverkehr.

1. **RG.** II 30. 10. 03, Holdheims MSchr. 04 24: Nach den für die Reichsbankstellen maßgebenden Bestimmungen über den Giroverkehr sind bare Einzahlungen an die Reichsbankhauptstelle zur Gutschrift auf das Konto einer Girokundin der Reichsbanknebenstelle zulässig; die Einzahlung hat zur Folge, daß die Hauptstelle der Nebenstelle die eingezahlten Beträge zur Gutschrift überweist; dort erfolgt sofort nach Eintreffen der Überweisung die Gut-

schrift der überwiesenen Beträge auf dem Konto der Girokundin. Diese kann aber erst nach der Buchung der Beträge über sie verfügen; bis zur Buchung kann der Einzahlende die Überweisung widerrufen. Die Leistung des Zahlenden erfolgt demnach nicht schon durch Einzahlung auf der Hauptstelle, sondern vollzieht sich erst mit der Buchung der überwiesenen Beträge auf der Nebenstelle.

2. **RG.** I 5. 3. 04, HansGerZ. **04** Hauptbl. 203, Holdheims MSchr. **04** 160 (bestätigend das HansGerZ. **03** Hauptbl. 136 mitgeteilte Erkenntnis): Wenn im Verkehre der Girobanken, wie anzunehmen, die Überweisung sich auch ohne Benachrichtigung des Kunden, gerade so wie die Ab- und Zuschreibung auf den Girokonten der Kunden einer und derselben Bank, in ihrer juristischen Wirkung für den Kunden vollzieht, so muß sich der Eintritt der Unwiderruflichkeit der Überweisung mit der Wirkung für den Kunden auch unmittelbar und ohne seine Benachrichtigung vollziehen. Ohne Zustimmung ihrer Girokunden können die durch die Überweisung entstandenen Rechtsverhältnisse von den Girobanken nicht wieder rückgängig gemacht werden.

§ 348. OLG. **7** 386, R. **04** 50 (Hamm): Als „im Betriebe des Handelsgewerbes versprochen" ist auch die Vertragsstrafe anzusehen, die nur zu einem Vorbereitungsgeschäft (Warenbestellung für den zu eröffnenden Gewerbebetrieb) gehört.

§ 353. Staub Anm. 7 zu § 353: „Vom Tage der Fälligkeit an": Wird die Forderung nachträglich gestundet, so besteht auf Grund dieser Vorschrift die Zinspflicht für die Dauer der Stundungsfrist fort; „indessen nimmt doch die Verkehrssitte hier häufig das Gegenteil an."

§ 354. **RG.** II 27. 11. 03, Holdheims MSchr. **04** 104, R. **04** 83 (vgl. JDR. **2** Nr. 2 zu § 354): Dieser Paragraph enthält kein zwingendes Recht, kann daher durch Parteivereinbarung oder durch Handelsgebrauch abgeändert werden.

§§ 355—357. Literatur: Buff, Das Kontokurrentgeschäft im deutschen Bankgewerbe. Stuttgart und Berlin. 1904. (Münchener volkswirtschaftliche Studien, herausgegeben von Brentano und Lutz, 61. Stück). Vgl. dazu Holdheims MSchr. **04** 144. ➳ Buff behandelt die Buchführungstechnik und die volkswirtschaftliche Bedeutung des Kontokurrents. — Red. ⟵ Auch nur diese letzte Seite betreffen: Thorwart, Zur Frage der Kontokurrentkredits, BankA. **3** 167 und die Entgegnung von Buff, ebenda **3** 200. — v. Hartmann, Das Kontokurrentverhältnis nach den Vorschriften des neuen HGB. (Diss.). Berlin 1904. — Sontag: Die Geschäftsbedingungen im Verkehre der Banken und Bankiers mit ihrer Kundschaft, BankA. **3** 181—187.

*Sontag a. a. O.: Obwohl die Bestimmungen über das Kontokurrentverhältnis in den §§ 355—357 erheblich ausführlicher sind, als in dem früheren Art. 291, enthalten sie doch nur wenige Sätze dieses wichtigen Rechtsinstituts. Die Mehrzahl der Grundsätze über das Kontokurrentverhältnis beruht auf Gewohnheitsrecht und ist, soweit sie den Geschäftsverkehr der Banken und Bankiers mit ihrer Kundschaft betrifft, niedergelegt in den gedruckten „Geschäftsbedingungen der Banken und Bankiers".

Diese Geschäftsbedingungen erörtert Sontag auf ihren juristischen Inhalt hin ausführlich.

§ 355. I. Eigentlicher Kontokurrent.

1. v. Hartmann 32: Ob unter Kaufleuten nur ein unechter oder aber ein echter Kontokurrent vorliegt, läßt sich erkennen, wenn man prüft, ob die Parteien willens waren, sich unter die besonderen rechtlichen Folgen des eigentlichen Kontokurrentvertrags zu stellen.

2. Staub Anm. 10 zu § 355, Mohr (vgl. IDR. 2 vor § 355) 76, v. Hartmann 44: Auch Nichtkaufleute können miteinander einen Kontokurrentvertrag schließen; auch aus der Art ihrer Geschäftsverbindung kann eine stillschweigende Abrede dieses Inhalts entnommen werden; sie können aber dabei keine Bestimmungen contra legem treffen (vgl. unten § 357 Nr. 1).

3. **RG.** I 28. 10. 03, Gruchots Beitr. **48** 117, JW. **03** 434, BankA. 3 62: Welcher Art auch die regelmäßigen Wirkungen eines Kontokurrentvertrags und einer Saldofeststellung sein mögen: ihren Rechtsgrund haben sie in dem Parteiwillen, der sich in dem Kontokurrentvertrag und in der Saldofeststellung äußert, und deshalb kann im einzelnen Falle der Parteiwille jene Wirkungen nur erzeugen, insofern und insoweit er sich mit dem Gesetz im Einklange befindet. Er ist außerstande, eine Verbindlichkeit zur Entstehung zu bringen, wo — wie im Falle des § 66 Abs. 3 BörsG. — das Gesetz keine Verbindlichkeit entstehen lassen will."

4. OLG. Darmstadt, II 26. 6. 03, HessRspr. **5** 18: Der erste Zweck eines förmlichen Kontokurrents ist, die beiderseitigen Geldansprüche zu einer untrennbaren Einheit zu verbinden; jede einzelne in das Kontokurrent aufgenommene oder hineingehörende Forderung hat keinerlei Selbständigkeit, ist vielmehr lediglich Rechnungsposten. Ein solches Verhältnis liegt vor; denn die Beklagten haben in dem Soll alle Zahlungen und Ausgaben als selbständige Kreditposten zu ihren Gunsten gebucht und davon nach der progressiven oder direkten Methode Zinsen berechnet; in gleicher Weise ist das Haben behandelt.

5. **RG.** I 23. 1. 04, JW. **04** 151[27], BankA. **3** 190, SeuffA. **59** 332 (vgl. IDR. **2** § 355 zu 1 b): Nach der rechtlichen Natur des Kontokurrentverhältnisses gelten die baren Einschüsse nicht als Zahlungen zur Tilgung eines bestimmten Debetpostens, sondern als Leistungen zur Begründung eines Aktivpostens im Kontokurrent und als Faktoren für die künftige Verrechnung und Saldoziehung. Durch Anerkenntnis des Kontokurrentauszugs hat der Kunde die Aufrechnung seiner Einschüsse genehmigt.

6. Wirkung der Einstellung in den Kontokurrent.

a) Staub Anm. 17 zu § 355, v. Hartmann 64, 66: Die Nichtübertragbarkeit der einzelnen Kontokurrentforderung beruht nicht auf selbständiger hierauf gerichteter Abrede, sondern sie ist eine Folge der Rechtsnatur, welche die Forderung durch die Einbeziehung in das Kontokurrentverhältnis angenommen hat.

b) v. Hartmann 63: Nur die Geldforderungen selber können nach Aufnahme in den Kontokurrent nicht mehr selbständig geltend gemacht werden, „nebenher laufende Verbindlichkeiten pekuniärer Art" (z. B. der Anspruch des Käufers auf Herausgabe der Kaufsache oder der des Mieters auf ordnungsmäßige Instandsetzung der Mieträume) können trotz des Kontokurrents eingeklagt werden.

c) Staub Anm. 10 zu § 355, v. Hartmann 67: Für die Dauer der Rechnungsperiode ist die Verjährung der einzelnen Kontokurrentposten (gemäß § 202 BGB.) gehemmt. A. A. Cosack, Handelsrecht 351.

v. Hartmann 70: Auch der Verzug bezüglich der einzelnen Kontokurrentposten ist in gleicher Weise ausgeschlossen.

d) Wechsel und kaufmännische Verpflichtungsscheine fallen im Zweifel nicht unter den Kontokurrentvertrag. So die Rechtsprechung bereits zum AHGB., die Praxis und Staub Anm. 15 zu § 355; vgl. auch v. Hartmann 50.

e) v. Hartmann 53: Bei Einstellung von Wechseln 2c. in den Kontokurrent wird dem Wechselgeber von seinem Korrespondenten die Wechsel-

valuta als Barzahlung „salvo incasso" gutgeschrieben, d. h. unter dem Vorbehalte, daß die Wechselsumme tatsächlich bei Fälligkeit eingeht. (58): Selbst wenn diese Klausel fehlt, ist eine solche Resolutivbedingung bei der Gutschrift anzunehmen. Erfüllt sich die Resolutivbedingung, dann wird die zu Unrecht erfolgte Buchung durch Ristornierung beseitigt).

Die Ristornierung besteht darin, daß der Gläubiger auf der Kreditseite seines Schuldners einen gleichen Posten mit gleicher Valuta einträgt (57); unzulässig — wenn schon allgemein üblich — ist es bei der Rückbuchung auch noch Kosten abzurechnen (59, 112).

Hierdurch unterscheidet sich die Ristornierung von der Kontokurrentbelastung, bei der häufig ein veränderter Posten (infolge Erhöhung durch Kosten usw.), jedenfalls mit veränderter Valuta zur Einstellung gelangt (58).

Praktisch ist die Ristornierung, wenn eine Kontokurrentpartei in Konkurs geraten ist; sie gibt hier dem Gläubiger das Mittel, seine Forderung, obwohl eine Kontokurrentbelastung nicht mehr möglich ist, wieder einzubringen (58, 111, 112).

f) v. Hartmann 54: Bei Weiterbegebung eines in den Kontokurrent eingestellten Wechsels wird nicht eine Kontokurrentforderung zediert, sondern die durch eine Kontokurrentforderung erworbene Wechselforderung.

7. v. Hartmann 77, 78: Die Übersendung des Kontokurrentauszugs hat eine doppelte Bedeutung:

einmal erkennt der Übersender die Richtigkeit des von ihm aufgestellten Abschlusses an und gibt bezüglich seiner Debetposten ein verpflichtendes, unter allen Umständen geltendes Schuldanerkenntnis ab;

ferner liegt in der Übersendung eine Offerte zum Anerkennungsantrage.

8. Klausel: S. E. E. O. (vgl. oben § 346 I 8).

9. Wirkung des Saldoanerkenntnisses auf nichtige Kontokurrentposten.

a) **RG.** I 28. 10. 03, Gruchots Beitr. **48** 1117, BankA. 3 62: Durch jede während der Geschäftsverbindung vorgenommene Saldofeststellung werden vermöge der in ihr enthaltenen vertragsmäßigen Aufrechnung auch die in der Kontokurrentrechnung berücksichtigten Forderungen aus Börsentermingeschäften verhältnismäßig getilgt.

b) Abweichender Ansicht: Staub Anm. 31 zu § 355: Das Saldoanerkenntnis ist insoweit unverbindlich, als der Betrag der ungültigen Schulden reicht, im übrigen steht seiner Gültigkeit nichts entgegen.

c) Düringer-Hachenburg 368 und v. Hartmann 97: Der ganze Rechnungsabschluß ist falsch und damit auch das Anerkenntnis nichtig.

10. Abs. 3. Die Kündigung des Kontokurrents ist nicht zu verwechseln mit der des Kreditverhältnisses, das mit ihm meist verbunden, ihm jedoch nicht wesentlich ist; für die Aufhebung des Kreditverhältnisses gelten die §§ 609, 610, 626 BGB. (v. Hartmann 39).

II. Uneigentlicher Kontokurrent.

v. Hartmann 33: Bei dem unechten Kontokurrent wird jede Zahlung sofort nach den Regeln des § 366 Abs. 2 BGB. behandelt. Auch gelten hier für die Verzinsung — abgesehen von den Fällen der §§ 352, 353, 354 HGB. — die Bestimmungen des BGB. (insbesondere § 248 BGB.) (34).

§ 356. 1. v. Hartmann 99 (vgl. JDR. **2** zu § 356): Eine befriedigende Konstruktion der Forthaftung der Sicherheiten ist nicht möglich; die Forthaftung ist eine der gesetzlichen Anomalien, die man mit Rücksicht auf den Verkehr hat schaffen müssen.

2. v. Hartmann 101 (in Übereinstimmung mit Staub, Anm. 6 zu § 356): Befriedigt der Bürge oder ein als Gesamtschuldner Mithaftender den Gläubiger, so findet trotz der Vorschriften der §§ 774, 426 Abs. 2 BGB. kein Übergang der Forderung auf den Zahlenden statt. Die cessio juris tritt nicht ein, weil es sich um gar keine „zessibeln“ Forderungen handelt. Ein Ausgleich kann daher nur durch interne Regelungen erfolgen.

§ 357. 1. Staub, Anm. 10 zu § 355, v. Hartmann 44: Dieser Paragraph ist nur anwendbar auf ein Kontokurrentverhältnis, das den gesetzlichen Erfordernissen des § 355 entspricht, nicht auf ein solches zwischen Nichtkaufleuten; diesem gegenüber gelten für die Rechte der Gläubiger die allgemeinen Rechtsgrundsätze.

2. a) v. Hartmann 104: Pfändung des Saldos berechtigt den anderen Teil, das Kontokurrentverhältnis gemäß § 355 Abs. 3 sofort zu kündigen.

b) Wird bei der Pfändung des gegenwärtigen Saldos das Kontokurrentverhältnis fortgesetzt, so geschieht die „Rektifikation“ in der Praxis meist derart, daß der gepfändete Überschuß dem Schuldner belastet wird.

§ 362. 1. Jacobson (vgl. vor § 346) 200: Wenn der nach § 362 verpflichtete Kaufmann unverzüglich geantwortet hat, hat er dem Gesetze genügt, auch wenn die Antwort nicht eintreffen sollte.

2. Über die Aufbewahrungspflicht des Verkäufers vgl. unten zu §§ 373, 374 I, 5, über die des Käufers vgl. unten zu § 379, insbes. Nr. 7.

§ 363. 1. R. **04** 485: Über Lagerscheine auf den Inhaber vgl. zu § 424 HGB.

2. OLG. **9** 35 (Hamburg): Während das BGB. §§ 793 ff. die Ausstellung von Inhaberpapieren generell gestattet und sie nur für einen Ausnahmefall verbietet, wird umgekehrt im HGB. die Ausstellung der Orderpapiere nur für ganz bestimmte Fälle zugelassen, während sie sonst nicht erlaubt und unwirksam ist. Diese strengere Behandlung der Orderpapiere erklärt sich aus der durchgreifenden Wirkung, die ihrer Übergabe bezüglich der Rechte an den durch sie repräsentierten Gegenständen beigemessen wird.

§ 364. Abs. 2. **RG.** I 13. 2. 04, **57** 62, JW. **04** 215, R. **04** 580, Holdheims MSchr. **04** 227, HansGerZ. **04** 191: Andere Einreden können dem Indossatar nur bei Arglist entgegengehalten werden. Arglist liegt aber nicht schon vor, wenn der Indossatar bei Erwerb des Papiers weiß, daß gegenüber seinem Vormann Einwendungen bestehen, die ihm, dem Indossatar, gegenüber nicht geltend gemacht werden können. Entgegen der Ansicht von Staub (Anm. 14 zu § 364 und Anm. 16 zu Art. 82 WO.) liegt Arglist nur dann vor, wenn der Erwerb der Urkunde mittels Indossaments gerade zu dem Zwecke geschieht, dem Verpflichteten die Einreden abzuschneiden.

§ 366. Abs. 3. *Neuburger, Der Schutz des gutgläubigen Pfandrechtserwerbes 85 f.: Normalerweise ist der Inhalt des guten Glaubens bei diesen gesetzlichen Pfandrechten anders gefärbt als bei den vertragsmäßigen. Während bei den letzteren der Erwerber das Verfügungsrecht des Verpfänders positiv annimmt, ist der gute Glaube hier in der Regel etwas Negatives; das Verfügungsrecht des Schuldners wird meist gar nicht in Erwägung gezogen. Besonders prägnant beim Frachtvertrage mit der Eisenbahn.

§§ 369—371. Literatur (vgl. a. BGB. §§ 273, 274): Caesar, Wodurch unterscheidet sich das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht von dem Zurückbehaltungsrechte des BGB.? Dissert. (Freiburg i. B.). Straßburg 1904. — Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht. Jena 1904. — Schulze, Otto: Das Verhältnis des handelsrechtlichen Zurückbehaltungsrechts zu dem des BGB. Dissert. Cöthen. — Sievers, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht (§§ 369—372) Dissert. Leipzig, SächsA. **14** 162 bis 187, 289—314.

§ 369. I. Rechtliche Natur.

1. *Schlegelberger, Zurückbehaltungsrecht 192—194: Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist ein persönliches Recht (vgl. unten § 371, 2) und als eine den Bedürfnissen des Handelsverkehrs entsprechende Weiterbildung des bürgerlichen Zurübehaltungsrechts (§§ 273, 274 BGB.) zu betrachten. Soweit nicht zwingende Vorschriften des HGB. entgegenstehen, sind daher die Wirkungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts nach bürgerlichem Rechte zu bestimmen. Die §§ 274, 202 Abs. 2, 772 Abs. 2 BGB., § 777 ZPO. sind auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht anwendbar. Vgl. JDR. **3** zu § 273 BGB.

2. A. A. Caesar 46: Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist ein dingliches Recht; es ist, soweit es als Befriedigungsrecht in Betracht kommt, nach seinem juristischen Charakter als Pfandrecht aufzufassen (45). „Es ist begrifflich eine durch Addition des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechts und eines Pfandrechts gewonnene Summe und stellt daher ein neues Rechtsgebilde dar, dessen beide Seiten organisch zueinander in Verbindung treten, aber auch den jeweilig alleinigen Inhalt des Instituts ausmachen können."

3. Dagegen Schulze a. a. O.

Es ist kein Pfandrecht, und Sievers 310—311. Die Frage nach der juristischen Natur des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts hat aber nur theoretische Bedeutung, da die praktisch wichtigen Punkte (Voraussetzungen, Inhalt, Ausübung, Untergang) gesetzlich geregelt sind (das. 307).

II. Einzelnes.

1. Abs. 1. „Zwischen ihnen geschlossenen".

*Sievers 178 ff.: Kein Zurückbehaltungsrecht wegen zedierter Forderungen; wohl jedoch wegen Forderungen aus Wechseln, auch wenn diese nicht mehr in der Hand des ersten Nehmers sind.

2. „Wertpapieren".

*Sievers 169: Papiere, die nicht selbständige Träger einer Obligation sind, sondern lediglich zum Beweis einer Forderung dienen, können wegen Mangels eines realisierbaren Vermögenswerts nicht Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts sein.

3. a) „des Schuldners".

*Sievers 171: Das Eigentum des Schuldners muß begründet sein zu der Zeit, wo ohne Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts der Gläubiger zur Herausgabe des Gegenstandes verpflichtet wäre. Macht z. B. der Schuldner seinen Herausgabeanspruch auf Grund irgendeines Schuldverhältnisses, z. B. ex deposito klageweise geltend, und erwirbt erst im Laufe des Rechtsstreits das Eigentum an dem streitigen Gegenstande, so begründet dieser Umstand zugunsten des Gläubigers (Beklagten) kein Zurückbehaltungsrecht.

b) KG. 25. 2. 04, R. **04** 227: Ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht ist nur begründet bei Sachen, die im Eigentume des Schuldners stehen. Hatte aber der Schuldner dem Gläubiger bei Hingabe fälschlicherweise erklärt, die Sachen gehörten ihm, und ihn dadurch zur Eingehung des Geschäfts veranlaßt, dann kann der Gläubiger dem Herausgabeanspruche des Schuldners die Einrede der Arglist entgegensetzen.

4. a) „auf Grund von .... gelangt sind".

*Sievers 177: Die Retentionsobjekte müssen gerade zwischen den Parteien als Handelsgut fungiert haben. Es soll jedoch genügen, wenn das den Besitz begründende Geschäft auf seiten nur einer der Parteien ein Handelsgeschäft gewesen ist. Ist das nicht der Fall, so kann selbst dann nicht retiniert werden, wenn das Geschäft für einen Dritten ein Handelsgeschäft gewesen ist.

b) **RG.** I 13. 7. 04, Holdheims MSchr. **05** 26: Voraussetzung des Zurück=

behaltungsrechts ist nicht, daß die Sache „auf Grund", sondern nur daß sie „in Veranlassung" von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gelangt ist; nicht erforderlich ist ferner, daß der Gläubiger die Sache des Schuldners in Erfüllung eines Vertrags übernommen hat, sondern es genügt die Erlangung infolge einer einseitigen Rechtshandlung, sofern nur ein Handelsgeschäft vorliegt.

5. Abs. 2. *Sievers 297/98: Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist denjenigen dinglichen Rechten dritter Personen gegenüber wirksam, die durch Rechtshandlungen des Schuldners derivativ auf jene übertragen sind. Es muß dagegen weichen allen auf Grund anderer Tatsachen originär erworbenen Rechten an dem Gegenstande.

6. Abs. 3. *Sievers 182: Vor oder bei der Besitzübertragung kann der Schuldner durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung („Anweisung"), später nur noch mit Zustimmung des Gläubigers („übernommene Verpflichtung") das Zurückbehaltungsrecht ausschließen.

Die bloß aus dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäft entspringende Verpflichtung des Gläubigers, den Gegenstand zurückzugeben, ist keine „Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstande zu verfahren" im Sinne von Abs. 3. Sie ist kein Ausschließungsgrund des Zurückbehaltungsrechts, vielmehr begrifflich eine Voraussetzung. Der Abs. 3 verlangt eine besondere Parteidisposition für die Zeit nach beendetem Gläubigerbesitze (182/187).

§ 371. 1. Abs. 1. *Schulze a. a. O.: Das Retentionsrecht an Sachen auszuüben, die einem Dritten gehören, ist unzulässig. Nur wenn Rechte von Dritten am Retentionsobjekt in Frage kommen, die später als das Retentionsrecht selbst entstanden sind und auf einem Rechtsgeschäfte des Schuldners beruhen, wirkt das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ausnahmsweise gegen Dritte. Dies folgt aus den im § 369 Abs. 2 in Bezug genommenen Vorschriften des Bürgerlichen Rechtes (vgl. BGB. §§ 931, 986 Abs. 2, 1032, 1065, 1205 Abs. 2, 1223), sowie daraus, daß sich eine Anwendung der Vorschriften der §§ 932 BGB. und 366 HGB. auf das handelsrechtliche Retentionsrecht nicht begründen läßt. Die Ausnahme wird ihrerseits insofern wiederum eingeschränkt, als nach dem Wortlaute des § 369 Abs. 1 der Retentionsberechtigte gegen Verfügungen des Gegners über die zurückbehaltenen Gegenstände nur so lange geschützt wird, als er sie tatsächlich innehat.

2. Abs. 3. *Schulze a. a. O.: Entsprechend der nur obligatorischen Natur des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts ist auch die Veräußerungsbefugnis keine unmittelbare. Zu ihrer Rechtmäßigkeit ist das Vorhandensein eines vollstreckbaren Titels, also Klagerhebung notwendig. Durch rechtskräftiges Urteil wird die Verpflichtung des Schuldners ausgesprochen, zu gestatten, daß sich der Kläger aus den zurückbehaltenen Gegenständen befriedige. Erst dann darf der Verkauf stattfinden. Aus dem Wortlaute des Abs. 3 ist zu schließen, daß eine vorgenommene Veräußerung durch die nachträgliche Erlangung eines vollstreckbaren Titels nicht mehr rechtmäßig wird. Daher ist die Klage aus dem Zurückbehaltungsrechte keine bloße Feststellungsklage, das Urteil spricht vielmehr den Leistungsbefehl aus, daß der Beklagte die Befriedigung des Klägers aus dem Retentionsobjekte zu gestatten hat. Daraus ergibt sich der obligatorische Charakter auch des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts.

Zweiter Abschnitt. Handelskauf.

Vorbemerkung: Auch dieser Abschnitt weist eine zunehmende Übereinstimmung der Rechtsprechung auf; das gilt besonders von den zahlreichen zu § 377 ergangenen Entscheidungen. Die Literatur war im Jahre 1904 weniger ergiebig.

Streitig ist noch u. a. das Rücktrittsrecht bei Sukzessivlieferungen (Nr 4 zu §§ 373, 374), die Zulässigkeit veränderter Verkaufsbedingungen beim Selbsthülfeverkauf (daselbst II Nr. 3 ff); für Staubs Auffassung von § 381 Abs. 1 hat sich jetzt auch das OLG. Hamburg ausgesprochen (Nr. 1 zu § 381).

§§ 373, 374. I. Allgemeines.

1. Zahlungszeit bei Übersendungskäufen vgl. oben zu § 346 I 3.

2. **RG.** II 19. 4. 04, JW. **04** 341[10]: §§ 373 und 377 setzen in erster Linie voraus, daß überhaupt eine Ablieferung der Ware, also der Übergang der gekauften Ware aus dem Besitze des Verkäufers in denjenigen des Käufers erfolgt; erst mit dieser Ablieferung beginnt die Rügepflicht sowohl bezüglich der Menge als bezüglich der Beschaffenheit der Ware.

3. **RG.** 8. 3. 04, JW. **04** 198[7]: Entgegen der Auffassung von Staub, Exkurs zu § 374 Anm. 37 und § 377 Anm. 3, „daß die Leistung mangelhafter Ware immer Leistung bleibe" und daher den Verzug ausschließe, hat das RG. angenommen, daß beim Gattungskaufe der Käufer, der behauptet, die gelieferte, noch nicht angenommene Ware sei wegen Fehlens einer zugesagten Eigenschaft vertragswidrig, die Ware als Nichterfüllung zurückweisen darf. Daraus folgt, daß, wenn die Zurückweisung wegen Vertragswidrigkeit berechtigt war, der Verkäufer, soweit die übrigen Voraussetzungen des Schuldnerverzugs vorlagen, in Leistungsverzug blieb, und daß dem Käufer bis zur Annahme der Ware die rechtlichen Folgen des Leistungsverzugs zustehen.

Wenn aber der Käufer einer Gattungsache nach Lieferung mangelhafter Ware diese als Nichterfüllung zurückweisen und auf die Rechte aus dem Leistungsverzuge gegen den Verkäufer zurückgreifen will, so muß das klar und unzweideutig geschehen.

4. Sukzessivlieferungen.

a) Staub (6/7), Exkurs zu § 374 Anm. 122, II 1305: Bei ihnen gibt der Verzug bezüglich einer fälligen Teillieferung das Recht zum Rücktritte vom Vertrag auch bezüglich des noch nicht fälligen Restes.

b) A. A. Düringer-Hachenburg, HGB. II 174/175, III 92/93: bezüglich des noch nicht fälligen Restes nur „unter besonderen Umständen".

c) **RG.** 18. 12. 03, JW. **04** 90[8], DJZ. **04** 267, Holdheims MSchr. **04** 157 (vgl. auch **RG.** II 8. 1. 04, Holdheims MSchr. **04** 186 und zu § 326 BGB.): Wenn in einem Lieferungsvertrage die sukzessive Abnahme der gekauften Warenmenge innerhalb bestimmter Frist vereinbart ist, so ist hieraus im Zweifel ohne weiteres zu folgern, daß nicht eine einheitliche Lieferung, sondern eine Reihe von vorerst der Zeit und der Menge nach noch unbestimmten Teillieferungen den Gegenstand des Vertrags bildet und daß daher jede der beiden Parteien befugt ist, wegen dieser Teilbarkeit des Vertragsgegenstandes die Lieferung auch nur eines Teiles davon anzubieten oder zu verlangen, und zwar auch noch nach Ablauf der Lieferfrist, unbeschadet des Rechtes der Gegenpartei, die Vertragserfüllung bezüglich der ganzen rückständigen Warenmenge oder eines größeren Teiles davon anzubieten oder zu verlangen, wenn die vertragsmäßigen Voraussetzungen dafür vorliegen. — Vgl. unten § 375 Nr. 6.

d) **RG.** II 21. 6. 04, Holdheims MSchr. **04** 302: Dagegen bedarf es, wenn der eine Vertragsteil eine endgültige Erklärung abgibt, daß er seinerseits die Erfüllung verweigere, nicht noch der besonderen Aufforderung zur Vertragserfüllung und Fristsetzung bezüglich der einzelnen Lieferungen.

5. **RG.** II 25. 3. 04, Holdheims MSchr. **04** 229, ElsLothrJZ. **29** 644: Auch bei vertragswidrigem Verhalten des Käufers hat der Verkäufer, von den Vorschriften der §§ 372, 383 BGB., §§ 373, 374 HGB. abgesehen, die Pflicht, für die Erhaltung der verkauften, aber noch nicht übergebenen Sache

zu sorgen. Das folgt aus § 347 HGB. und daraus, daß auf dem Bestehen einer solchen Verpflichtung selbst im Falle des Annahmeverzugs des Käufers die Bestimmungen des § 373 HGB. beruhen. (Über die Aufbewahrungspflicht des Käufers vgl. unten zu § 379.)

6. OLG. Stettin, II 14. 3. 04, PosMschr. **04** 57: § 373 findet auf den Verkauf, der infolge Aufruf eines Lieferungsvertrags durch den Konkursverwalter stattfindet, nicht Anwendung.

II. Selbsthilfeverkauf.

1. Wirkung.

RG. II 25. 5. 04, Holdheims MSchr. **04** 229, ElsLothrJZ. **29** 644: Durch Selbsthilfeverkauf in einer den Vorschriften des § 373 entsprechenden Weise wird die Haftung des Verkäufers aus § 300 BGB. ausgeschlossen.

2. Gegenstand.

OLG. Darmstadt, II 25. 3. 04, HessRspr. **5** 72, R. **04** 580: Auch der Selbsthilfeverkauf ist ein Rechtsgeschäft, dessen Rechtswirksamkeit davon abhängt, daß es nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Der Selbsthilfeverkauf von verfälschtem Wein, dessen Veräußerung durch das Reichsgesetz vom 24. Mai 1901 (§ 13) unter Strafe gestellt ist, ist nichtig. Gegenstände, die überhaupt nicht verkauft werden dürfen, sollen auch im Wege des Selbsthilfeverkaufs nicht in den Verkehr eindringen. Einen solchen Selbsthilfeverkauf braucht der säumige Käufer nicht gegen sich gelten zu lassen.

3. Erfordernisse.

RG. II 30. 9. 04, JW. **04** 560[26], SächsA. **14** 698, R. **04** 556: Der Selbsthilfeverkauf ist ohne Rücksicht auf sein Ergebnis als nicht für Rechnung des säumigen Käufers erfolgt anzusehen, wenn dabei die besonderen Vorschriften des § 373 Abs. 2 nicht beachtet worden sind. Dagegen kommen die nicht speziell für den Selbsthilfeverkauf erlassenen und lediglich den Inhalt des Kaufvertrags betreffenden allgemeinen Bestimmungen des § 459 BGB. und § 360 HGB. nur bezüglich des Erfordernisses in Frage, daß die Ware in der Regel zum höchstmöglichen Preise zu verwerten ist und daß demgemäß der Verkauf in geschäftsüblicher Weise und den Umständen des Falles angemessen zu erfolgen hat: dem müssen die Verkaufsbedingungen entsprechen. Es ist deshalb und da auch gesetzliche Vorschriften über die dem Selbsthilfeverkaufe zugrunde liegenden Vertragsbedingungen nicht bestehen, nicht als unter allen Umständen unzulässig anzusehen, wenn er unter anderen als den für das ursprüngliche Kaufgeschäft vereinbarten oder aus dem Gesetze sich ergebenden Vertragsbedingungen abgeschlossen wird, sofern letztere nur als geschäftsüblich oder den gegebenen Verhältnissen entsprechend zu erachten sind und dadurch das Interesse des säumigen Käufers nicht in einer durch die Umstände nicht gerechtfertigten Weise verletzt wird. Vgl. JDR. **2** § 373 IX 3a.

4. OLG. Marienwerder, II 15. 1. 04, PosMschr. **04** 43, R. **04** 143: Bei dem Selbsthilfeverkaufe darf der Verkäufer nicht von dem ursprünglichen Geschäft abweichende Versteigerungsbedingungen festsetzen, die geeignet sind, vom Bieten abzuhalten oder den Preis zu drücken, insbesondere darf er nicht die Gewährleistung ausschließen.

In der Erklärung, „daß der Roggen so verkauft werde, wie er beschaffen sei,“ liegt sogar der Ausschluß der Gewährleistung für jeden Fehler, auch der Haftung für mittlere Güte.

Der Einwand, daß, auch wenn die Gewähr nicht ausgeschlossen worden wäre, kein höherer Preis erzielt sein würde, kann die Folgen des fehlerhaften Verkaufs nicht beseitigen.

Der säumige Käufer hat weder das Recht noch die Pflicht, die

Mängel des Selbsthilfeverkaufs zu rügen; selbst sein Mitbieten kann nicht als Zustimmung gelten; er braucht den formell ungültigen Selbsthilfeverkauf in keinem Falle gegen sich gelten zu lassen.

5. Abs. 2. RG. II 25. 3. 04, Holdheims MSchr. **04** 229, ElsLothrZ. **29** 644, R. **04** 580: Eine Versteigerung nicht an dem vertragsmäßigen Leistungs- oder einem etwa vereinbarten Bestimmungsorte, sondern an einem anderen vom Verkäufer willkürlich und ohne zureichenden Rechtsgrund gewählten Orte, für den keinerlei Zweckmäßigkeitsgründe sprechen, ist kein gültiger Selbsthilfeverkauf.

6. OLG. Karlsruhe 27. 2. 04, BadRpr. **04** 162: Unzulässig ist die Versteigerung an einem Tage, an dem nach den Gebräuchen der örtlichen Produktenbörse solche nicht vorgenommen werden.

Schweigen des Käufers auf die Mitteilung, daß bei dem Selbsthilfeverkauf eine andere Mischung der Ware (grobe und feine Kleie) als nach dem Vertrage stattfinden solle, gilt als Genehmigung.

7. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 162: In der Benachrichtigung vom Tage der Versteigerung liegt eine Androhung des Selbsthilfeverkaufs.

8. RG. II 16. 2. 04, JW. **04** 168[8], Holdheims MSchr. **04** 299: An die Androhung des Selbsthilfeverkaufs ist der Verkäufer nicht gebunden; er kann trotzdem Vertragserfüllung, also Abnahme, verlangen.

§ 375. Literatur: Dormitzer, Der Spezifikationskauf. (Diss.) Fürth 1904.

1. Dormitzer will die (z. B. von Staub angewandte Terminologie, die zwischen „einfachem" und „kompliziertem" Spezifikationskauf unterscheidet, ersetzt wissen durch „Formenspezifikationskauf" und „Sortenspezifikationskauf". Auch der letzte fällt nach Dormitzers Ansicht trotz des nicht ganz entsprechenden Wortlauts im § 375 noch unter die Regeln über den Spezifikationskauf und nicht unter die Vorschriften des BGB. über die alternative Gattungsschuld.

2. a) Der Spezifikationsverzug ist Dormitzer zufolge weder Abnahme-, noch Annahmeverzug, sondern Verzug in der Erfüllung einer dritten, neben den Hauptverpflichtungen (Preiszahlung, Abnahme) selbständig bestehenden Verpflichtung des Käufers.

b) A. A.: Der Spezifikationsverzug ist nur eine Form des Abnahmeverzugs. So — in Übereinstimmung mit Staub Anm. 2 und 12 zu § 375 — Rosenthal, Die Abnahmepflicht des Gläubigers nach dem BGB. (Bonn 1904). Vgl. zu BGB. § 326.

3. Nach Dormitzer sind die Folgen des Spezifikationsverzugs im § 375 erschöpfend geregelt; die weiteren, insbesondere von Staub aufgezählten Rechte stehen dem Verkäufer nicht zu.

4. RG. ElsLothrZ. **29** 194 (vgl. IDR. **2** Nr. 1 zu § 375): § 375 enthält kein zwingendes Recht. Die Parteien können daher auch nach Ablauf der Frist vereinbaren, daß die von dem Käufer nachträglich anderweit getroffene Bestimmung von dem Verkäufer ausgeführt werden soll. Sie können auch vereinbaren, daß die vom Verkäufer rechtzeitig getroffene Spezifikation nicht gelten und dem Käufer das Recht eingeräumt sein soll, seinerseits anderweit zu spezifizieren. Kommt dann der Käufer wieder in Verzug, so tritt das Recht des Verkäufers aus § 375 Abs. 2 auch wieder in Kraft, weil die von ihm vorher getroffene Bestimmung kraft der Vereinbarung der Beteiligten rechtlich als nicht geschehen zu betrachten ist.

5. RG. II 13. 3. 03, ElsLothrZ. **29** 193: Nach § 375 Abs. 2 Satz 3 HGB. ist allerdings, wenn der Käufer innerhalb der Frist die Bestimmung nicht trifft, die von dem Verkäufer getroffene Bestimmung für beide Vertragsteile derart maßgebend, daß der bisherige Spezifikationskauf in einen gewöhnlichen Kauf mit

dem von dem Verkäufer näher bestimmten Inhalt umgewandelt wird. Hierbei begründet es auch keinen Unterschied, ob der Käufer während der gesetzten Frist sich schweigend verhalten oder ob er, ohne selbst Bestimmung zu treffen, gegen die von dem Verkäufer getroffene Bestimmung innerhalb der Frist Widerspruch erhoben hat.

6. **RG.** II 14. 3. 04, **58** 419: Bei einem Sukzessivlieferungsvertrage kann der Verkäufer, wenn der Käufer mit der Spezifikation fälliger Raten im Verzuge ist, Schadensersatz wegen Nichterfüllung auch der noch nicht fälligen Raten verlangen. — Vgl. oben §§ 373, 374 Nr. 4c.

§ 376. OLG. Kiel III 5. 10. 04, SchlHolstAnz. **04** 337: § 376 ist nicht anwendbar, wenn die Zeitbestimmung kein derartig wesentlicher Bestandteil des Vertrags ist, daß die zu einer anderen Zeit erfolgende Leistung eine ganz andere Leistung sein würde, und die vertragsmäßige Leistung mit einem späteren Zeitpunkte überhaupt unmöglich war.

§ 377. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. 96: Der Sinn der Bestimmung sofortiger Rügepflicht ist der, den Verkäufer vor späteren Bemängelungen der Ware, denen gegenüber er oft wehrlos sein würde, zu schützen und ihn in Stand zu setzen, seine Rechte zu wahren, insbesondere den Zustand der Ware unparteiisch feststellen zu lassen.

I. Geltungsbereich.

1. **RG.** II 26. 6. 04, Holdheims MSchr. **04** 302 (vgl. IDR. **2** § 377 zu 2a): Die Vorschriften des § 377 finden nur auf beiderseitige Handelsgeschäfte Anwendung, auf einseitige dagegen nicht, selbst wenn der Käufer Kaufmann ist.

2. OLG. Hamburg II 11. 10. 04, HansGerZ. **04** Hauptbl. 285 (vgl. IDR. **2** § 377 zu 2b): § 377 gilt nur für beiderseitige Handelsgeschäfte. Jedoch kann im einzelnen Falle auch bei einseitigen Handelsgeschäften der Käufer nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu einer rechtzeitigen Mängelrüge verpflichtet sein und bei verspäteter Mängelanzeige die Ware als genehmigt gelten.

3. OLG. Dresden 22. 6. 03, SächsA. **14** 46, R. **04** 506 (vgl. IDR. **2** § 377 zu 3): Auch der Bäcker, der sein Gewerbe nur handwerksmäßig betreibt, ist Kaufmann und zur Mängelanzeige verpflichtet.

II. Ablieferung. (Vgl. IDR. **2** § 377 II 1, 2, und bezügl. Werkvertrag unten § 381, 2.)

1. **RG.** II 8. 12. 03, ElsLothrZ. **29** 441, Holdheims MSchr. **04** 70, R. **04** 83: Im Sinne des § 377 genügt zur Ablieferung nicht die Gewährung oder gar nur die potestativ bedingte Gewährung der Möglichkeit, die Ware an sich zu nehmen, sondern der Käufer muß tatsächlich in den körperlichen Besitz der Ware gelangt sein; denn nur dann, wenn er die unbeschränkte Verfügungsgewalt über die Ware selbst besitzt, ist er in der Lage, sie in der Weise, die ihm geeignet und erforderlich erscheint, zu untersuchen und eine den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Mängelrüge unverzüglich zu erstatten.

In der Mitteilung des Spediteurs an den Käufer, daß dieser gegen Zahlung des Kaufpreises oder Hergabe eines Wechselakzepts die Ware in Empfang nehmen könne, ist eine Ablieferung nicht zu finden; auch nicht darin, daß dem Käufer die Entnahme einer Probe gestattet wird.

2. **RG.** II 19. 4. 04, IW. **04** 341[10]: Ist eine Ablieferung der Ware infolge der Annahmeverweigerung des Käufers nicht erfolgt, dann können die §§ 377 und 378 überhaupt nicht zur Anwendung kommen.

3. OLG. Hamburg, HansGerZ. 04 Hauptbl. 92: Ist Lieferung in Teilsendungen vereinbart, dann muß der Käufer jede einzelne Teilsendung sofort untersuchen und rügen.

III. Untersuchung. (Vgl. bezügl. Werkvertrag unten § 381, 3.)

a) Umfang.

1. OLG. 9 273 (Hamburg), HansGerZ. 04 Hauptbl. 150: Was ordnungsmäßiger Geschäftsgang ist, bestimmt sich nicht nach den subjektiven Gewohnheiten des Käufers, sondern nach objektiven Regeln; soweit die Untersuchung ohne eine erhebliche Belästigung des Käufers geschehen kann, muß sie erfolgen, mag sie auch für ihn unbequem und mit einigen Kosten verknüpft sein.

2. OLG. 9 273 (Hamburg); RG. 57 7, JW. 04 150[25]: Die Untersuchung, die dem von einem Kaufmann kaufenden Kaufmann vorgeschrieben wird, soll keine nach allen Richtungen hin skrupulöse sein; sie soll aber die gesetzliche und die vertragsmäßige Beschaffenheit der Ware ermitteln und umfaßt mithin alle hierzu erforderlichen Maßnahmen — soweit es der „ordnungsmäßige Geschäftsgang" gebietet und gestattet.

3. OLG. Hamburg, V 15. 4. 04, HansGerZ. 04 Hauptbl. 150: Die ordnungsmäßige Untersuchung bestimmt sich durch den Zweck der Mängelrüge. Für diese ist nur die Angabe, daß, nicht die, in welchem Grade die Ware verfälscht ist, erforderlich.

4. OLG. 9 273 (Hamburg): Bei Wein muß, abgesehen von der Prüfung durch Geschmack, Gesicht und Geruch, die nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange tunliche und daher erforderliche Untersucheng sich auch auf seinen Zuckergehalt erstrecken.

5. RG. II 30. 9. 04, JW. 04 561[27]: Die Zuziehung von Sachverständigen (vgl. JDR. 2 § 377 III 1) oder die Erhebung von Gutachten ist dann zur ordnungsmäßigen Untersuchung erforderlich, wenn die Ware von der Art ist, daß ihre Beschaffenheit nur von Sachverständigen erkannt werden kann. Ob danach im einzelnen Falle der Käufer zur ordnungsmäßigen Untersuchung Gutachten einholen darf, ist nach der objektiven Sachlage und den allgemeinen Verkehrsanschauungen, nicht nach den persönlichen Verhältnissen des Käufers und seinen subjektiven Ansichten zu entscheiden.

Liegt keiner der bisher erörterten Fälle vor, dann muß der mit solchen Waren handelnde Käufer in der Regel entweder selber die zu eigener Untersuchung erforderliche Sachkunde besitzen oder geeignete Vorkehrungen treffen, damit die gehörige Untersuchung in der für solche Waren üblichen Zeit durch Dritte besorgt werden kann.

6. RG. 57 8: Für die Art und den Umfang der Untersuchung hat im allgemeinen als Grundsatz zu gelten, daß der Käufer nicht verpflichtet ist, eine solche Untersuchung vorzunehmen, durch die eine Verminderung oder Entwertung der Ware in irgend erheblichem Umfange herbeigeführt wird oder zu befürchten ist, die Möglichkeit der Weiterveräußerung aufgehoben oder bedroht wird.

7. RG. 57 7, JW. 04 150[25]: Bei Warengattungen, die entweder ihrer Natur nach oder nach allgemeiner Verkehrssitte durch Öffnung des Behältnisses, in dem sie aufbewahrt sind, oder der Verpackung, in der sie zum Verkaufe kommen, entwertet oder unverkäuflich werden (z. B. Schaum- oder Flaschenweine, Konserven, Ölsardinen), ist der Käufer nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange von der Untersuchungspflicht nur dann befreit, wenn nach Verhältnis der in Betracht kommenden Lieferung durch Untersuchung von Stichproben (die nötig ist, damit die Beschaffenheit der Ware beurteilt werden kann) eine Entwertung oder Unverkäuflichkeit der Ware in irgend erheblichem Umfange eintritt oder zu befürchten ist. Vgl. JDR. 2 213 zu § 377 III.

8. **RG. 57** 7, JW. **04** 150[25]: Die Beschränkung der Untersuchung auf Stichproben ist unbedenklich für Ware, die in großen Mengen gleichmäßig bearbeitet wird und vertragsmäßig von gleicher Beschaffenheit sein soll (vgl. JDR. **2** § 377 III 2.

b) Frist.

1. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. 151 und **RG.** HansGerZ. **04** Hauptbl. 155: Ist der Mangel sofort zu erkennen, so darf der Käufer, da er unverzüglich Anzeige zu erstatten hat, nicht erst noch zeitraubende Untersuchungen (chemische Analyse u. dergl.) vornehmen.

2. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. 96: Nach ordentlichem Geschäftsgange braucht im Großhandel eine Ware erst untersucht zu werden, wenn sie in den Speicher des Käufers aufgenommen und seinen mit der Probeziehung und Untersuchung betrauten Angestellten zur Hand ist.

3. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. 96: Eine Verpflichtung, mit der Untersuchung nicht bis zur Ablieferung der Ware selber zu warten, sondern sie schon an den Stückproben vorzunehmen, ist — von besonderen Ausnahmefällen abgesehen — im Rechte nicht begründet.

4. **RG. 57** 11: Das Wissen des Verkäufers davon, daß die Ware vom Käufer in Originalverpackung weiter verkauft werde, rechtfertigt für sich allein nicht notwendig die Annahme eines Übereinkommens, daß die Untersuchung erst später stattfindet. (Vgl. JDR. **2**, § 377 V, 2 β.)

c) Kosten.

OLG. Posen, IV 24. 10. 04, PosMschr. **04** 161: Die Kosten der Untersuchung können nicht mit der Minderungsklage verlangt werden, sie begründen einen Schadensersatzanspruch (Staub Anm. 59 und 94 zu § 377). Der Verkäufer hat diese Kosten aber gleichfalls zu erstatten, weil der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes die zugesicherten Eigenschaften gefehlt haben und daher der Käufer neben dem Minderungsanspruche den durch die Nichterfüllung entstandenen Schaden ersetzt verlangen kann (§ 463 BGB., Staub Anm. 91 u. 93 zu § 377).

IV. Mängelanzeige.

a) Beginn der Rügepflicht.

1. **RG.** II 19. 4. 04, JW. **04** 341[10], Holdheims MSchr. **04** 249, ElsLothrJZ. **29** 647, R. **04** 339: Die Rügepflicht tritt ein mit der Ablieferung, nicht mit Eingang der Faktura. Eine Verpflichtung des Käufers zur Prüfung der vor der Lieferung eingegangenen Faktura besteht nach dem Gesetze nicht. Der Käufer kann unbedenklich den Eingang der Faktura vor der Überlieferung der Ware unbeachtet lassen oder die Faktura auch dem Verkäufer zurückschicken. (Vgl. JDR. **2** § 377 IV, 7.)

2. **RG.** II 8. 12. 03, ElsLothrJZ. **29** 441, R. **04** 83: Die Mängelrüge vor Untersuchung der Ware enthält nicht einen Verstoß gegen Treu und Glauben; sie ist zulässig, wenn dabei das Eigentum des Verkäufers nicht vorsätzlich widerrechtlich verletzt oder er sonst unzulässig geschädigt wird; wer vorher rügt, hat aber natürlich, wenn seine Rüge unrichtig ist, die Nachteile zu tragen.

3. OLG. **9** 273 (Hamburg): Der Käufer wird nicht dadurch von seiner gesetzlichen Anzeigepflicht gegenüber dem Verkäufer befreit, daß in seinem Geschäftskreis allgemein davon abgesehen wird, die Ware unverzüglich ordnungsmäßig zu untersuchen — er unterläßt dann die Untersuchung auf seine Gefahr.

b) Inhalt.

1. **RG.** II 27. 10. 03, BadRpr. **04** 9, ElsLothrJZ. **29** 304: Die telegraphische Mängelanzeige:

„Wein nicht nach Probe, lege zur Verfügung"

ist genügend bestimmt; denn die sofort nach der Ablieferung gerügte Probe-

widrigkeit bezog sich erkennbar nur auf den Geschmack des Weines. (Vgl. IDR. 2, § 377 IV, 13.)

2. OLG. Karlsruhe, 22. 3. 04, BadRpr. 04 234: Zwar braucht der Empfänger in der Mitteilung nicht ausdrücklich zu erklären, daß er die Ware wegen der von ihm entdeckten Mängel nicht genehmige; die Anzeige muß aber erkennen lassen, daß nach Ansicht des Empfängers Mängel vorhanden sind. (Vgl. IDR. 2, § 377 IV, 9.)

3. OLG. Hamburg, I 8. 2. 04, HansGerZ. 04 Hauptbl. 96: Die Mängelrüge genügt, wenn sie den Mangel im allgemeinen bezeichnet; daher reicht die Mitteilung, „daß die Ware gegen das Kaufmuster wesentlich abfalle," aus; sie ist hinreichend verständlich. (Vgl. IDR. 2, § 377 IV, 11.)

Ein ausführliches Eingehen auf die Art und den Umfang des Mangels, auf den Unterschied zwischen der Ware und dem Kaufmuster ist nicht erforderlich, zumal der Käufer sonst Gefahr läuft, daß er dabei nicht erwähnte Eigenschaften, die noch nachträglich als probewidrig festgestellt werden, später nicht mehr zur Begründung der Mängelrüge heranziehen kann (vgl. unten V, 4).

c) Frist.

1. OLG. Marienwerder, II 1. 12. 03, PosMschr. 04 25, R. 04 198: Bei Maschinen ist naturgemäß ein längerer Zeitraum erforderlich für wiederholte Beobachtungen ihres Ganges und ihrer Leistungen; der Abnehmer hat ein Recht auf dauernde Betriebsfähigkeit; das Vorhandensein einer solchen Eigenschaft kann füglich durch eine einmalige Probe nicht festgestellt werden. Eine 6 Tage nach Empfang abgesandte Mängelrüge ist daher, namentlich wenn es sich um eine kompliziertere Maschine handelt (hier: Benzinmotor mit elektrischer Zündung), noch rechtzeitig.

2. RG. II 14. 10. 04, IW. 04 562[28]: Wer, ohne selber Maschinenhändler zu sein, eine alte, ausgebesserte Maschine zum eigenen Gebrauche kauft, ist vor der Ingebrauchnahme nicht zu einer besonders eingehenden und gründlichen Untersuchung, etwa mit Sachverständigen, verpflichtet; die Pflicht zur unverzüglichen Anzeige tritt vielmehr erst ein, wenn sich beim Gebrauche herausstellt, daß die Ausbesserung nichts genutzt hat.

3. OLG. Zweibrücken, R. 04 339: Sind Stoffe zur Herstellung von Mischungen gekauft (z. B. Essenzen für cognac mousseux), so ist es durch die Natur der Sache bedingt, daß die Mängelrüge erst dann zu erfolgen braucht, wenn die hergestellten Mischungen ein zuverlässiges Urteil über die Art und Weise gestatten, wie die Stoffe in der geschaffenen Zusammensetzung wirken. Hatte der Verkäufer bei den Vorverhandlungen erklärt, daß die herzustellenden Mischungen erst nach etwa drei Monaten ein sicheres Urteil über die Beschaffenheit zulassen, so kann sich der Käufer mit Recht auf diese dreimonatige Frist als die ihm für die Prüfung der Ware zugestandene Mindestfrist berufen.

4. OLG. Hamburg, HansGerZ. 04 196, OLG. 9 273: Die Übersendung von Ausfallmustern (im Manufakturwarenhandel üblich) hat an sich nicht die Wirkung, daß der Kauf bei Nichtbemängelung der Proben sich in einen solchen verwandelt, für den nunmehr die Proben maßgebend sind. Eine solche Verpflichtung bezüglich der Ausfallproben ist aber anzunehmen, wenn durch rechtzeitige Anzeige von Mängeln der Ausfallmuster der Verkäufer vor erheblichem Schaden bewahrt werden kann. — Aber auch dann hat das Unterlassen von Untersuchung und Mängelrüge nicht die Genehmigung zur Folge, wenn nicht alle Mängel an den Ausfallmustern klar erkennbar sind und diese somit die Ware nicht repräsentieren können.

5. OLG. Karlsruhe 22. 3. 04, BadRpr. 04 234: Die Festsetzung einer die gesetzliche Verjährungsfrist übersteigenden Garantiefrist hat

die Bedeutung, daß Mängel, die sich nach Ablauf jener, aber innerhalb dieser zeigen, noch gerügt werden dürfen, enthebt aber nicht von der Pflicht, „unverzüglich nach der Entdeckung" zu rügen.

V. Genehmigung. (Vgl. bezügl. Werkvertrag unten § 381, 4.)

1. LG. Lyck (Berufungsinstanz), PosMschr. **04** 127: In der Empfangnahme der Sendung gegenüber der Post kann ein Verzicht auf das Rügerecht nicht erblickt werden.

2. **RG.** II 26. 6. 04, Holdheims MSchr. **04** 302: In der Leistung einer Anzahlung auf den Kaufpreis (und in der Versiegelung der Weinfässer) ist weder ein Verzicht auf die Geltendmachung des Mangels noch eine Genehmigung der Ware zu finden.

3. **RG.** II 27. 10. 03, BadRpr. **04** 9: Auch darin, daß der Käufer den Wein in seine Fässer umfüllen läßt, braucht eine Genehmigung nicht zu liegen.

4. LG. Lyck (Berufungsinstanz), PosMschr. **04** 127: Wenn eine Ware mit mehreren Mängeln behaftet ist, so bedeutet die Anzeige des einen Mangels auf telegraphischem Wege keinen Verzicht auf das Recht, den anderen in der gewöhnlich üblichen Weise, nämlich mittels Briefes zu rügen.

5. OLG. Posen, PosMschr. **04** 161: Bei einem Kaufe nach Besichtigung gelten, wenn der Käufer sich nicht die Mühe gibt, die ganze Menge, die er kauft oder aus der die Kaufsache auszuscheiden ist, zu besichtigen, sondern sich mit der Untersuchung weniger Proben begnügt, alle Mängel, die bei einer umfassenden Besichtigung wahrnehmbar gewesen wären, als genehmigt.

6. Bezügl. Berliner Getreidehandel vgl. oben § 346 I A 4.

VI. Arglistiges Verschweigen.

1. **RG.** II 15. 3. 04, Holdheims MSchr. **04** 226, R. **04** 580: Arglistiges Verschweigen liegt dann vor, wenn der Verkäufer den ihm bekannten Mangel nicht angezeigt und darauf gerechnet hat, der Käufer werde den Mangel nicht entdecken und deshalb die Ware behalten.

2. **RG.** II 10. 5. 04, ElsLothrZ. **29** 650: Zur Begründung der Arglist bedarf es dagegen nicht besonderer Veranstaltungen, um den Käufer in Unkenntnis der Mängel zu erhalten.

§ 378. 1. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. 286: Die Vorschriften des § 378 sind in das neue HGB. aufgenommen, weil der Gesetzgeber die Unterscheidung zwischen der Lieferung einer mit Mängeln behafteten Sache und der Lieferung einer Sache von anderer Gattung als die bestellte für sachlich nicht berechtigt und den Bedürfnissen des Verkehrs nicht entsprechend erachtet hat.

2. **RG.** JW. **04** 341[10], Holdheims MSchr. **04** 249, ElsLothrZ. **29** 647: Auch bezüglich der Menge tritt die Rügepflicht, wie die bezüglich der Beschaffenheit, erst mit der Ablieferung der Ware ein.

3. **RG.** II 20. 10. 03, ElsLothrZ. **29** 302: Zur Aussonderung bestellter von nicht bestellter Ware ist der Käufer dann nicht verpflichtet, wenn die Aussonderung über das geschäftsübliche Maß zeitraubend, mühevoll oder sonst nachteilig für ihn sein kann.

4. **RG.** II 19. 4. 04, ElsLothrZ. **29** 648, Holdheims MSchr. **04** 249: Ist, wie aus der Faktura ersichtlich, mehr geliefert als bedungen und zunächst nur die angebliche Verspätung der Lieferung gerügt, so wird dadurch an sich unter Beobachtung der §§ 377, 378 die nachträgliche Rüge auch wegen des Mehr nicht ausgeschlossen; insbesondere kann der Verkäufer, wenn er hinlänglich über die endgültige Annahmeweigerung des Käufers unterrichtet war, sich über eine Verletzung von Treu und Glauben nicht deswegen beklagen, daß der Käufer

als Grund der Annahmeweigerung zunächst die größere Menge nicht angegeben hat.

5. **RG.** II 17. 6. 03, JW. **04** 9 [10], Holdheims MSchr. **04** 50, ElsLothr. Z. **29** 308, R. **04** 198: Bei der Beurteilung der Frage, ob die für besonders erhebliche Abweichungen im Schlußsatze des § 378 getroffene Ausnahme vorliegt, kommt es entscheidend nicht auf die subjektive Auffassung des Verkäufers, sondern vielmehr darauf an, ob er nach der objektiven Abweichung der gelieferten Ware von der bedungenen die Genehmigung seitens des Käufers als ausgeschlossen erachten mußte; hierbei muß als ein solches objektives Moment auch die Frage der Verwendbarkeit der gelieferten Ware für die Zwecke, für die der Käufer sie bestellt hatte, in Betracht kommen.

§ 379. Literatur: Rottenstein, Die Aufbewahrungspflicht des Kaufmanns nach § 379 Abs. 1 HGB. Diss. Göttingen 1904.

1. Das Wort „beanstanden" umfäßt jede Rüge; § 379 Abs. 1 schreibt also eine selbständige Aufbewahrungspflicht des Käufers vor, die keineswegs auf die Fälle der §§ 377—378 beschränkt werden darf. Rottenstein 10, übereinstimmend Staub Anm. 11 zu § 379, Lehmann-Ring Anm. 4, Gareis Anm. 3. A. A. Cosack: Die Rüge muß wegen abweichender Menge, Güte oder ganz anderer Ware erfolgt sein, dagegen besteht die Aufbewahrungspflicht nicht, wenn z. B. Zeit oder Ort der Lieferung beanstandet ist.

2. Rottenstein 12: Auch bei Mehrlieferung, bei der das Mehr ohne weiteres von der bestellten Menge getrennt werden kann und zur Verfügung gestellt ist, besteht bezüglich dieses Mehr nach der herrschenden Meinung die Aufbewahrungspflicht.

3. Rottenstein 14: Sie besteht auch bei Verschulden, sogar Arglist des Verkäufers.

4. Rottenstein 20: Für die Anwendbarkeit des § 379 ist entscheidend, ob der Verkäufer auf eine gewisse Rücksicht des Käufers angewiesen ist oder nicht. Im ersten Falle ist die Aufbewahrungspflicht anzunehmen, auch wenn die Ware nicht von einem anderen Orte übersendet ist; im zweiten Falle ist jene Pflicht zu verneinen, selbst wenn die Ware von einem anderen Orte übersendet ist.

5. Rottenstein 30: § 379 setzt einen abgeschlossenen Kaufvertrag voraus; er findet deshalb auf unbestellte Zusendungen keine Anwendung. Auch aus § 362 Abs. 2 läßt sich für sie eine Aufbewahrungspflicht nicht ableiten, da dieser sich nur „auf Auftrags- und ähnliche Verhältnisse" bezieht.

6. Rottenstein 41: § 379 läßt die Aufbewahrungspflicht jedem Käufer gegenüber eintreten (im Gegensatze zu § 362 Abs. 2).

7. **RG.** II 25. 3. 04, Holdheims MSchr. **04** 229, ElsLothrJZ. **29** 644: Die Aufbewahrungspflicht des Käufers besteht unbedingt, ohne Rücksicht darauf, ob seine Beanstandung gerechtfertigt ist, oder nicht.

8. Rottenstein 41 f.: Der Käufer kann sich der Aufbewahrungspflicht nicht dadurch entziehen, daß er dem Verkäufer mitteilt, er werde die Ware, falls er sie nicht empfangbar finde, nicht annehmen; er muß sie ausüben, auch wenn ihm dadurch Kosten entstehen.

9. Rottenstein 44: § 379 setzt nicht voraus, daß die Ware bereits an den Käufer abgeliefert ist, vielmehr begreift die Aufbewahrungspflicht als notwendige Voraussetzung die Pflicht zur Abnahme in sich. Es besteht also nach § 379 eine allgemeine Pflicht des Käufers gegenüber dem Verkäufer, die Ware dem Transporteur abzunehmen.

10. **RG.** II 25. 3. 04, Holdheims MSchr. **04** 229: Für die einstweilige Aufbewahrung ist zu sorgen, das heißt: so lange, bis der Verkäufer die Beanstandung erfährt und in der Lage ist, über die Ware zu verfügen.

11. OLG. Darmstadt, II 27. 11. 03, HessRspr. **5** 52: Sobald der Verkäufer über den Sachverhalt (Zurverfügung-Stellung) unterrichtet ist, hat er selbst für die weitere Aufbewahrung Sorge zu tragen. Tut er es nicht, so ist der Käufer seiner Verpflichtung enthoben und darf nunmehr die Ware zurücksenden.

12. Abs. 2. LG. Lyck (Berufungsinstanz), I 22. 6. 04, PosMSchr. **04** 127: Der Käufer ist nicht verpflichtet, bemängelte Waren, die dem Verderb ausgesetzt sind (z. B. geschlachtete Gänse), verkaufen zu lassen; auch braucht er sie nicht zurückzusenden. Es genügt, wenn er sie aufbewahrt und die Verfügung des Verkäufers abwartet. Die Aufbewahrung nach Eintritt der Verwesung kann dem Käufer nicht zugemutet werden; er kann sich, wenn der Verkäufer nichts bestimmt, der Ware entledigen.

13. OLG. Karlsruhe, DJZ. **04** 320: § 379 Abs. 2 hindert nicht, daß der Käufer, auch wenn Gefahr im Verzuge nicht vorliegt, sich durch einstweilige Verfügung gemäß § 940 ZPO. ermächtigen läßt, wenn er glaubhaft macht, daß die zur Verfügung gestellte Ware bei weiterer Lagerung fortdauernd an Wert verlieren würde.

§ 381. 1. OLG. **9** 274 (Hamburg) (vgl. JDR. **2** § 381 zu 1 und 2): § 381 Abs. 2 ist mit Staub dahin zu verstehen, daß ein solches Handelsgeschäft über eine bewegliche Sache als Handelskauf zu betrachten ist und allen Regeln über diesen unterliegt.

2. Untersuchung, Mängelrüge und Genehmigung bei Werkverträgen. (Vgl. oben § 377 III ff.)

OLG. Breslau, R. **04** 534: Die Mängelanzeige trifft auch beim Werke zu, indessen kann von der Ablieferung im Sinne des § 377 erst nach völliger Herstellung die Rede sein. Wird ein Werk stufenweise, wie z. B. die Buntdrucke von Steinabzügen, hergestellt, so tritt eine Untersuchungspflicht nicht schon mit dem zugehenden Abzug einer der dem Schlußdrucke vorangehenden Farben ein. Beim Werke kann auch von einem Ausfallmuster selbst dann nicht die Rede sein, wenn das Werk vervielfältigt abzuliefern ist.

3. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 311: Unter einer „Untersuchung nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang" ist nicht eine bloß äußerliche Besichtigung, sondern die Erprobung der Beschaffenheit der Anlage während entsprechender Zeit zu verstehen.

4. a) OLG. Karlsruhe, 27. 9. 04, BadRpr. **04** 311: Der Unternehmer, der im geschäftlichen Interesse etwaigen Mängeln der von ihm hergestellten Anlage abzuhelfen sucht, begibt sich damit nicht seines Rechtes, geltend zu machen, daß der Besteller zu spät gerügt hat.

b) OLG. Karlsruhe, 14. 7. 04, BadRpr. **04** 310: Führt bei verspäteter Mängelrüge der Unternehmer umfassende Änderungen an der bestellten Anlage zwecks Beseitigung der gerügten Mängel aus, so verzichtet er hiermit darauf, die Verspätung der Mängelrüge geltend zu machen.

Dritter Abschnitt. Kommissionsgeschäft.

Vorbemerkung: Das Reichsgericht hat die Streitfrage, ob das Kommissions verhältnis als Dienst- oder Werkvertrag aufzufassen ist, zu gunsten des Dienstvertrages entschieden Unter den übrigen Entscheidungen — Literatur war nicht zu verzeichnen — ist besonders hervorzuheben die (Nr 4 zu § 383), welche bei Vertragsbruch durch den Mitkontrahenten dem Kommissionär Ersatz des Schadens in der Höhe zubilligt, wie er dem Kommittenten erwachsen ist.

§ 383. 1. OLG. **9** 275, R. **04** 227 (Colmar): Die Streitfrage, ob das Rechtsverhältnis zwischen Kommittenten und Kommissionär auf einem Dienst-

vertrag oder — von der Theorie vertreten — auf einem Werkvertrag beruht, ist hier bedeutungslos; denn beide Ansichten führen dazu, daß nach den §§ 383, 384, 385 HGB. und §§ 655, 670 BGB. zu entscheiden ist.

2. **RG.** V 24. 10. 04, JW. **05** 20[17]: Das Kommissionsverhältnis ist ein Dienstvertrag im Sinne des § 627 BGB., als solches kann es von jedem Teile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist — auch ohne wichtigen Grund — gekündigt werden; eine solche Kündigung liegt in der Weigerung, das Kommissionsverhältnis anzutreten.

3. **RG.** II 3. 3. 03, ElsLothrZ. **29** 195: Der Vertrag zwischen Kommittenten und Kommissionär unterliegt, da der Kommissionär eine Belohnung empfängt, den Vorschriften des BGB. über den Dienstvertrag, soweit das HGB. nicht eingreift. Des Rechtes, außer der Belohnung für die Leistung der ihm aufgetragenen Dienste noch den Ersatz des verauslagten Einkaufpreises zu verlangen, geht der Kommissionär hiernach auch dadurch nicht verlustig, daß er durch die fälschliche Angabe über den Einkaufpreis dem Auftraggeber begründete Veranlassung zur Kündigung des Dienstverhältnisses gegeben hat. Dieser Rechtsverlust würde nach § 628 BGB. nur dann eintreten, wenn anzunehmen wäre, daß seine bisherigen Leistungen, der Einkauf der Ware, infolge der Kündigung für den Auftraggeber kein Interesse mehr hätten.

4. **RG.** I 23. 3. 04, **58** 42, JW. **04** 267[14]: Der Beauftragte, der für fremde Rechnung, aber in eigenem Namen abschließt, kann bei Bruch des Vertrags durch den Mitkontrahenten von diesem Ersatz des Schadens verlangen, nicht nur wie er ihm persönlich, sondern auch weiter wie er seinem Auftraggeber erwachsen ist. Dieser Satz des gemeinen Rechtes ist auch namentlich, als ein nach Handelsrecht gültiger und unentbehrlicher, auf das handelsrechtliche Kommissonsverhältnis angewendet worden. Und wenn auch über die theoretische Begründung dieses Satzes Zweifel bestehen, so ist doch außer Streit, daß es sich hierbei nicht um eine selbständige Befugnis des Kommissionärs handelt, kraft deren er das ihm materiell fremde Interesse seines Kommittenten zu seinem eigenen Vorteile geltend machen kann. Der Satz muß immer in Verbindung mit dem Kommissionsverhältnis und mit seinem Endzwecke gedacht werden, einen Weg zu geben, um den für den Schaden des Kommittenten geschuldeten, diesem zugute kommenden Ersatz auf den in letzter Linie verantwortlichen Dritten abzuwälzen.

5. **RG.** II 27. 11. 03, Holdheims MSchr. **04** 104: Der Umstand, daß der Kommissionär seine Provision von dem Verkäufer zu beziehen hat, schließt nicht aus, daß er dennoch Kommissionär des Käufers ist; es ist das eine zulässige Abweichung von der gesetzlichen Regel des § 354, die nichts ändert an der durch den Auftrag bestimmten Stellung des Kommissionärs zu demjenigen, der sich seiner Hilfe bei dem beabsichtigten Einkaufe von Waren bedient.

6. **RG.** II 27. 11. 03, Holdheims MSchr. **04** 104: Im Pfälzer Weinhandel ist Handelsgebrauch, daß Weinkäufe, die unter Vermittelung größerer Kommissionäre zustande kommen, im allgemeinen auch dann als durch den Kommissionär in dieser Eigenschaft, also auch im eigenen Namen abgeschlossen gelten, wenn der Käufer des Weines (Kommittent) an den Kaufverhandlungen teilgenommen, sogar wenn er das letzte Wort gesprochen, die Kaufzusage erteilt hat.

Infolge derartiger Geschäftsabschlüsse wird „auf den Kommissionär fakturiert“, d. h. der Verkäufer führt in der von ihm ausgestellten Rechnung regelmäßig den Kommissionär als den Käufer der Ware eigenen Namens auf.

Die „Mitwirkung" des Kommissionärs bei einem in dieser Art mündlich erfolgten Abschlusse hat die rechtliche Bedeutung, daß er dem Verkäufer gegenüber die persönliche Haftung als Käufer übernimmt.

7. RG. 9. 1. 04, **56** 297, JW. **04** 151[26], BankA. **3** 135, ZAktWes. **04** 116: Bei Übernahme einer Anleihe durch ein Bankenkonsortium ist die einzelne, ihm angehörende Bank, die „für Rechnung des Konsortiums" Zeichnungen entgegennimmt, nicht Kommissionär des Konsortiums, sondern Selbstkontrahent.

§ 384. 1. OLG. Breslau II 21. 12. 03, R. **04** 50: Gibt der Verkaufskommissionär ohne Ermächtigung das Kommissionsgut seinerseits wieder in Kommission, so verfügt er darüber auf eigene Rechnung und wird dadurch gemäß § 385 HGB. verpflichtet. Der Verschleiß durch Agenten dagegen ist ihm gestattet.

2. OLG. **9** 275, R. **04** 227 (Colmar): Ein Kommissionär, dem der Kommittent die Fehler der Sache (Pferd) verschwiegen hat, und der, als sich günstige Verkaufsgelegenheit bot, dem Käufer das Fehlen von Mängeln zusichert, handelt entsprechend dem, was er nach Lage der Sache für den Willen seines Kommittenten halten mußte, und verletzt nicht die Sorgfalt, die ein ordentlicher Kaufmann bei der Abwickelung von Kommissionsgeschäften anzuwenden hat. Der Kommittent ist daher zum Ersatze der Aufwendungen verpflichtet, soweit sie der Kommittent nach den Umständen des Falles für erforderlich halten durfte.

3. a) OLG. **9** 276 (Hamburg): Eine garantierte Konsignation ist kein Proprekauf. Weder kann der Kommissionär alsbald dem Kommittenten den garantierten Preis einsenden und die Ware ohne Rücksicht auf die Kommission zu höheren Preisen für eigne Rechnung verkaufen, noch kann der Kommittent sofort den garantierten Preis verlangen, weil der Konsignatar, ob er verkaufe oder nicht, diesen mindestens schulden werde. Die Abmachung überhebt die Kontrahenten weder in der einen noch in der anderen Richtung der Einhaltung und Erfüllung der aus der Kommission sich ergebenden, ihr eigentümlichen Rechte und Pflichten.

b) OLG. **9** 276 (Hamburg): Hat der Kommissionär bei der Konsignation die Garantie für die Erzielung des Preises von 1 M. übernommen, dann trägt er das Risiko des Nichtverkaufs der Ware zu diesem Preise, einerlei ob er sie zu einem niedrigeren Preise, oder ob er sie überhaupt nicht verkaufte; es kommt auch nicht in Betracht, ob die Ware verkäuflich war oder nicht. Der innere Grund für das Garantieversprechen ist in einem wie im anderen Falle der gleiche: die Unmöglichkeit für die Kommittenten, das Schicksal der über See aus der Hand gegebenen Ware noch irgendwie zu beeinflussen und die alleinige Beherrschung dieses Schicksals andererseits durch den Konsignatar, der den überseeischen Markt kennt, die Verkäuflichkeit beurteilen und den Preis dementsprechend bestimmen kann.

§ 385. RG. I 30. 4. 04, Holdheims MSchr. **04** 250, Gruchots Beitr. **48** 1007: Für den Kommittenten ist die seiner Weisung zuwiderlaufende Ausführung der Kommission nicht verbindlich; sie wird es auch nicht dadurch, daß er auf die Ausführungsanzeige hin schweigt; denn in dieser Anzeige liegt nur eine Offerte des Kommissionärs, eine andere als die dem Vertrag entsprechende Ausführung als Erfüllung der Kommission gelten zu lassen. Die Annahme dieser Offerte wird aus dem bloßen Schweigen des Kommissionärs nur bei Hinzutreten weiterer schlüssiger Momente gefolgert werden dürfen.

§ 397. v. Hartmann 36 (gegen Greber, Kontokurrentverhältnis [Freiburg u. Leipzig 1893] 134—138): „Laufende Rechnung" im Sinne dieses Paragraphen ist nur der eigentliche Kontokurrent (§ 355).

§ 400. **RG.** I 30. 4. 04, Holdheims MSchr. **04** 250, Gruchots Beitr. **48** 1007: Abs. 1 enthält, wie sich aus § 402 ergibt, kein zwingendes Recht.

§ 401. **RG.** I 30. 4. 04, Holdheims MSchr. **04** 250, Gruchtos Beitr. **48** 1007: Der Selbsteintritt des Kommissionärs hat zur Voraussetzung, daß für die Ware ein Börsenpreis amtlich festgestellt wird.

Vierter Abschnitt. Speditionsgeschäft.

Vorbemerkung: Grundlegende Arbeiten sind im Berichtsjahre auf dem Gebiete des Speditionsrechts ebensowenig wie Entscheidungen prinzipieller Natur zu verzeichnen. Von Interesse erscheint nur eine oberlandesgerichtliche Entscheidung über die Bedeutung des § 413 Abs. 1, welche aber mit der in der Literatur herrschenden Lehre übereinstimmt.

§ 408. 1. OLG. Hamburg, HansGerZ. **01** 304: Eine Verpflichtung des Spediteurs, seinen Auftraggeber besonders darauf hinzuweisen, daß eine Versicherung der Ware ratsam sei, besteht nicht.

2. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** 136: Wird dem Spediteur die Ware vom Versender ohne bestimmte Aufgabe oder unter Mitteilung des Adressaten, jedoch in einer Weise übersandt, die erkennen läßt, daß der Versender das Bestehen einer Geschäftsverbindung zwischen dem Adressaten und dem Spediteur voraussetzt, so kann der Spediteur, wenn nicht ein Handelsgebrauch dagegen spricht, sich als Vertreter des Empfängers betrachten und braucht den Weisungen des Absenders nicht mehr zu folgen.

Dagegen **RG.** ebenda **04** 35, das diese Entscheidung aufhebt und ausführt: Ist die Anweisung des Absenders, seine weitere Verfügung abzuwarten, angenommen, so liegt nicht eine Gefälligkeit vor, sondern der Spediteur ist verpflichtet, unter allen Umständen die Ware anzuhalten, bis etwa der Empfänger die Auslieferung gerichtlich erzwingt; er ist nicht mehr berechtigt, ohne Vorwissen und Zustimmung des Absenders die Ware herauszugeben; er muß die Herausgabe verweigern, den Absender entsprechend verständigen und der eventuellen Klage entgegensehen. — Überdies liegt eine Verletzung der Pflicht aus dem Speditionsvertrage vor, da den Weisungen des Absenders schuldhaft zuwidergehandelt wurde. (Nach dem Klagantrag im Sinne des Landgerichts entschieden.)

§ 413. Abs. 1. OLG. Celle, Sped.- u. Schiffahrtszeitung **04** 564 (vgl. auch JDR. **2** Ziff. 1 zu § 413 HGB.): Der Wortlaut des § 413 Abs. 1 bezieht sich zwar nur auf das Landfrachtgeschäft, denn mit dem Worte „Frachtführer" wird gemäß § 425 HGB. nur derjenige verstanden, welcher Gütersendungen zu Lande oder auf Binnengewässern ausführt. Gleichwohl muß diese Vorschrift auch auf das seerechtliche Speditions- und Frachtgeschäft erstreckt werden, zumal der Spediteur als solcher Frachtverträge sowohl mit Landfrachtführern wie mit Seeverfrachtern abschließt.

§ 414. 1. **RG.** SächsA. **14** 704: Wenn der Spediteur der ihm erteilten Anweisung zuwider das Gut dem Destinatär aushändigt und daher nicht imstande ist, es dem Versender zurückzuliefern, so ist dies ein Verlust des Gutes im Sinne des § 414.

2. BadRpr. **04** 309, R. **05** 169: Der § 414 bestimmt eine Verjährung nur für die Ansprüche, nicht für die Einreden des Empfängers.

Fünfter Abschnitt. Lagergeschäft.

Vorbemerkung: Von besonderem Interesse für das Recht des Lagergeschäfts ist die grundsätzliche Entscheidung des Reichsgerichts, welche in Übereinstimmung mit dem OLG. Hamburg den Inhaberlagerschein für gültig erklärt hat. Vgl. Bem. zu § 424.

§ 417. 1. OLG. Hamburg, HansGerZ. **00** 225, SeuffA. **56** 194: In Hamburg besteht kein Handelsbrauch, wonach der Lagerhalter verpflichtet ist, dem

Empfänger nach Auslieferung eines Teiles der eingelagerten Ware an einen durch den Lagerschein legitimierten Dritten das Gewicht dieses Teiles unter Übersendung einer Wiegenota mitzuteilen; sofern dies jedoch der Lagerhalter bisher im Geschäftsverkehr mit einem bestimmten Kunden bereits getan hat, ist er hierzu auch ferner verpflichtet, und zwar so lange, als er nicht eine gegenteilige Erklärung abgegeben hat.

2. OLG. Hamburg, HansGerZ. **01** 263: Für die ordnungsmäßige Entlöschung der Ware haftet die Quaiverwaltung wie ein Schiffer, im übrigen dagegen wie ein Lagerhalter.

§ 423. **RG. 58** 76: Als „Anzeige von dem Verlust" ist jede Anzeige zu erachten, aus der der Einlagerer in Verbindung mit dem von ihm selbst unterstellten Sachverhalte mit Sicherheit auf den Verlust der Ware beim Lagerhalter schließen kann und die ihm deshalb Veranlassung bietet, seine darauf sich beziehenden Ansprüche geltend zu machen.

§ 424. Vgl. § 363 Abs. 2. **RG. JW. 05** 158 und Sped.- u. Schiffahrtszeitung **05** 95 und ebenso OLG. Hamburg, Sped.- u. Schiffahrtszeitung **04** 363: Inhaber-Lagerscheine sind gültig. Die Ausstellung von Order-Lagerscheinen seitens der nicht konzessionierten Lagerhalter ist zwar durch § 363 Abs. 2 HGB. verboten. Aber daraus darf man nicht, wie Staub und Makower, folgern, daß Inhaber-Lagerscheine um so weniger ausgestellt werden dürfen. Inhaberpapiere und Orderpapiere sind zwei verschiedene Rechtsinstitute, von denen jedes unter besonderen Regeln steht. Die Vorschriften über Inhaberpapiere sind nur im BGB. (§§ 793 ff.) gegeben; die Regeln über Orderpapiere sind dagegen im HGB. (§§ 363 ff.) enthalten. Da nun das BGB. ein Verbot der Inhaber-Lagerscheine nicht kennt, so kann der Umstand, daß das HGB. wegen der Gefährdung des Verkehrs die Ausstellung der leicht übertragbaren Order-Lagerscheine beschränkt, doch nicht im Widerspruche zum Gesetze dazu führen, eine entsprechende Regel für die Inhaber-Lagerscheine aufzustellen.

Vorbemerkung (zum 6. u. 7. Abschnitt): Von den Bestimmungen über das Frachtgeschäft haben jene über das Eisenbahnfrachtgeschäft auch im Berichtsjahre wieder sowohl in der Literatur als in der Rechtsprechung vielfache Behandlung und Erläuterung erfahren. Von besonderem Interesse ist die Entsch. d. RG. über die Rechtsnatur des Berner FrachtÜb., in der ausgesprochen ist, daß dasselbe in den Vertragsstaaten nicht kraft einer gemeinsamen verbindlichen Rechtsquelle, sondern als Landesgesetz in jedem einzelnen Vertragsstaate (in Deutschland als Reichsgesetz) gilt, also nur materielle, nicht formelle Rechtseinheit geschaffen hat (vgl. Bem. Ziff. 3 zu § 453). Die in der Praxis aufgetretene Zweifelsfrage, ob der Absender auch andere als die in der EisenbVerkO. bezeichneten Erklärungen in den Frachtbrief aufnehmen dürfe, hat durch eine Abänderung des § 51 der EisenbVerkO. in bejahendem Sinne Erledigung gefunden (vgl. Bem. 2c zu § 426). Im Hinblick auf den Umstand, daß das Berner FrachtÜb. materiell gleiches Recht in den Vertragsstaaten geschaffen hat und daß das interne Frachtrecht in einem großen Teile dieser Staaten dem Berner FrachtÜb. angepaßt und mit dem deutschen Frachtrecht in der Hauptsache übereinstimmt, ist im laufenden Jahrgange auch die Rechtsprechung außerdeutscher Gerichte umfangreicher als im letzten Jahrgange mitgeteilt.

Sechster Abschnitt. Frachtgeschäft.

Literatur: Lentke, Das Verfügungsrecht beim Frachtgeschaft unter Berücksichtigung des Postfrachtgeschäfts, Berlin 1905.

§ 425. 1. OLG. Hamburg, SeuffA. **56** 102: Die Übernahme der Transportierung eines Floßes ist nicht bloß Schleppvertrag, sondern Frachtvertrag, wenn der Übernehmende das Floß während des Transports in seinem Gewahrsam hat.

2. OLG. **9** 132, EisenbE. **21** 127, R. **04** 530 (Hamburg), (vgl. JDR. **2** Bem. 3a zu § 425 HGB.): Beim Beförderungsvertrag ist der Bestimmungsort der Erfüllungsort. Gegenstand des Frachtvertrags ist nicht das Befördern, sondern die Beförderung ans Ziel. Nur wenn dieses Werk erfüllt ist, ist der Vertrag erfüllt, und deshalb ist der Ort, wohin das Gut in Erledigung der übernommenen Vertragspflicht zu schaffen ist, der Erfüllungsort.

§ 426. Abs. 2, § 62 EisenbVerkO., Art. 13 Berner FrachtÜb. 1. BezG. f. Handelss. (Wien), EisenbE. **21** 182: Hat die Eisenbahn den Nachnahmeschein nicht an den Berechtigten ausgefolgt und ist sohin die Nachnahme auf Grund des Scheines von einem in den Besitz desselben gelangten Dritten behoben, so ist die Eisenbahn dem Berechtigten ersatzpflichtig.

2. Abs. 2 § 51 lit. 1 EisenbVerkO., Art. 6 lit. 1 Berner FrachtÜb., § 51 Abs. 2 EisenbVerkO.

a) Calmar, EisenbE. **21** 195 ff. sucht die Entbehrlichkeit der Vorschrift in Art. 6 lit. 1 Berner FrachtÜb. näher nachzuweisen und tritt für Beseitigung derselben ein.

b) BezG. f. Handelss. (Wien), EisenbE. **21** 185: Es begründet grobes Verschulden in der Routenwahl, wenn die Eisenbahn bei Beförderung von Getreide von zwei zur Verfügung stehenden Routen diejenige wählt, deren Lieferfrist nur um weniges kürzer ist, welche aber eine erheblich höhere Fracht bedingt.

c) Bach, Ztg. d. V. D. EisVerw. **04** 1463: Die Eisenbahnen sind befugt, die Aufnahme anderer als der in der EisenbVerkO. bezeichneten Erklärungen des Absenders in den Frachtbrief vorzuschreiben oder zu gestatten, z. B. Anträge des Absenders auf Beförderung lebender Tiere in zuschlagspflichtigen Zügen oder Anträge auf Benachrichtigung des Absenders von dem Eingange der Nachnahme. Diese Vorschriften der Eisenbahnverwaltungen müssen aber auf Grund des Abs. 3 der Eingangsbestimmungen zur EisenbVerkO. erlassen sein. ➠ Diese Frage ist durch die mit Verordnung des Bundesrats v. 4. 2. 05 (RGBl. 7) erfolgte Änderung des § 51 Abs. 2 EisenbVerkO. im Sinne der von Bach vertretenen Auffassung entschieden worden. — Red. ⟵

3. Abs. 3. § 53 EisenbVerkO., Art. 7 Berner FrachtÜb.

a) Oberster Gerichtshof (Wien), ÖsterrVBl. f. Eis.u.Schiff. **04** 1177: Als unrichtig kann nicht schon jede der Güterklassifikation nicht entsprechende, sondern nur eine wahrheitswidrige Angabe des Inhalts einer Sendung angesehen werden. Eine bloß ungenaue Angabe des Inhalts einer Sendung begründet nicht den Anspruch auf den Frachtzuschlag, wenn es sich nicht um die in § 53 Abs. 8 (§ 3 Abs. 1 der AusfBest. zu Art. 7 Berner FrachtÜb.) bezeichneten Güter handelt.

b) Oberster Gerichtshof (Wien), ÖsterrVBl. f. Eis.u.Schiff. **04** 926: Hat der Absender die bahnamtliche Gewichtsfeststellung im Frachtbriefe zwar in jeder Beziehung formwidrig beantragt, hat aber die Bahn diesen Antrag dennoch berücksichtigt und die Fracht danach bemessen, so kann sie den im § 53 EisenbVerkO. vorgesehenen Frachtbrief wegen unrichtiger Gewichtsangabe nicht erheben.

c) OLG. Hamm, Ztg. d. V. D. EisVerw. **05** 29: Die Frachtzuschläge gehören nicht zu den im § 61 EisenbVerkO. erwähnten Frachtgeldern, sind vielmehr ihrer Natur nach als Vertragsstrafen aufzufassen (**RG. 47** 37). Es finden daher auf diese Frachtzuschläge die Bestimmungen des § 341 Satz 3 BGB. Anwendung. Wenn daher die Empfangsbahn das Gut ohne Erhebung des Frachtzuschlags an den Empfänger ausgeliefert hat, obwohl sie bei gehöriger Aufmerksamkeit den Verfall des Zuschlags hätte kennen müssen, so ist ihr Anspruch gegen den Absender auf Zahlung des Zuschlags gemäß § 442 HGB. erloschen.

d) Reindl, EisenbE. **20** 357: Der Frachtzuschlag wegen Überlastung beträgt nach deutschem Rechte das Sechsfache der Fracht für das die höchste Be-

lastungsgrenze (Tragfähigkeit) übersteigende Gewicht, nach internationalem Rechte dagegen das Sechsfache der Fracht für das das Ladegewicht (bei zwei Gewichtsanschriften) oder das angeschriebene Gewicht (bei nur einer Anschrift) übersteigende Gewicht. De lege ferenda empfiehlt sich für das internationale Recht die gleiche Berechnungsart wie für das deutsche Recht.

e) Schmid, Z. d. V. D. EisVerw. **04** 1238 u. **05** 100: Bei ungleich tarifierten Gütern muß, wenn das Gewicht im Frachtbriefe nicht ausgeschieden ist, die Fracht und daher im Falle unrichtiger Inhaltsangabe auch der Frachtzuschlag für die ganze Sendung nach dem höchst tarifierten Gute berechnet werden. Dagegen Muschweck, ebenda **04** 798, 1478.

§ 428. § 63 EisenbVerkO., Art. 14 Berner FrachtÜb.

BezGer. f. Handelss. (Wien), EisenbE. **20** 235: Durch die erfolgte Avisierung wird der Lauf der Lieferfrist beendet, selbst wenn die Avisierung außerhalb der Dienststunden erfolgte.

§ 432. § 74 EisenbVerkO., Art. 27 Berner FrachtÜb.

1. OLG. Karlsruhe, DJZ. **04** 512: Die beklagte Firma, die in Bezug auf die in Rede stehende Sendung als Frachtführerin anzusehen ist (§ 413 Abs. 1 HGB.), hat sich zur Ausführung der von ihr übernommenen Beförderung der badischen Staatsbahnen als Unterfrachtführerin bedient. Falls nun letztere die Beschädigung der Ware verschuldet hat, ist sie der in Anspruch genommenen Beklagten regreßpflichtig und dieser Regreßanspruch unterliegt gemäß § 432 Abs. 3, § 439 Satz 2 HGB. nicht der einjährigen Verjährung.

2. Goldschmied, EisenbE. **21** 217: Ist ein Gut mit direktem Frachtbrief im Verbandsverkehre auf Grund eines für den Verband bestehenden Reglements aufgegeben worden, so finden die Bestimmungen dieses Reglements über die Frachtberechnung auf den ganzen Transport Anwendung, selbst wenn der Frachtsatz durch ein Zusammenstoßen der Lokalfrachtsätze gebildet wird und die bezüglichen Lokaltarife vom Verbandsreglement abweichende Bestimmungen über die Frachtberechnung enthalten. Daher bleibt z. B. die Bestimmung des Verbandsreglements, daß Frachterhöhungen nicht vor Ablauf einer sechswöchigen Publikationsfrist in Kraft treten können, im Verbandsverkehr auch dann in Geltung, wenn die Einhaltung dieser Frist in den beteiligten Lokalverkehren nicht erforderlich ist.

3. OLG. Hamburg, HansGerZ. **02** 113: §§ 432 u. 449 gelten nur für das Binnenfrachtgeschäft.

§ 433. (§ 455.) Abs. 2. §§ 64, 70 und 73 EisenbVerkO., Artt. 15, 24 und 26 Berner FrachtÜb.

1. Z. f. d. internat. EisTransport **04** 125 (vgl. auch JDR. **2** Ziff. 4 zu §§ 433, 455 HGB. u. Ziff. 1 zu § 437 HGB.): Im internationalen Verkehre müssen auch solche Verfügungen des Absenders, welche durch Ablieferungshindernisse hervorgerufen sind, in der im Art. 15 Berner FrachtÜb. vorgesehenen Form und unter Vorweisung des Frachtbriefduplikats gegeben werden. Für den Fall, daß der Empfänger die Annahme verweigert hat, der Absender aber nicht mehr im Besitze des Frachtbriefduplikats ist, wird analog der Bestimmung in Art. 26 Abs. 2 Berner FrachtÜb. zu verfahren sein.

2. Oberster Gerichtshof (Wien), Z. f. d. internat. EisTransport **04** 129: Aus dem Zusammenhalte der Artt. 15 u. 26 Berner FrachtÜb. geht hervor, daß der Empfänger erst durch den Besitz des Originalfrachtbriefs das Verfügungsrecht über das Gut erhält und damit nach Art. 26 das Recht zur Klage erlangt. ➳ Gegen diese Auffassung wendet sich mit Recht eine Redaktionsbemerkung der genannten Zeitschrift a. a. O. — Red. ⇜

§ 436. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 309, R. **05** 170: Wenn im § 436 an die Annahme „des Gutes" die Zahlungspflicht des Empfängers geknüpft ist, so ist darunter nur die Annahme desjenigen Gutes zu verstehen, das Gegenstand des Frachtvertrags war.

§ 437. Vgl. § 70 EisenbVerkO., Art. 24 Berner FrachtÜb.

1. Abs. 1. Senckpiehl, EisenbE. **21** 204: Meldet sich der Empfänger, der ursprünglich die Annahme des Frachtguts verweigert hat, nachträglich zum Bezuge der Sendung, so hat der Frachtführer diesem Ersuchen nur unter der Voraussetzung stattzugeben

a) daß der Empfänger das Einverständnis des Absenders mit der nachträglichen Ablieferung des Gutes nachzuweisen vermag, oder

b) daß der Absender auf die gemäß § 437 HGB. eingeholte Anweisung innerhalb der zur Erteilung der Anweisung erforderlichen Frist dem Frachtführer nichts Entgegenstehendes angeordnet hat, oder

c) daß der Frachtführer eine Anweisung des Absenders überhaupt nicht einzuholen verpflichtet ist, weil es nach den Umständen untunlich ist. Vgl. dagegen JDR. **2** Bem. 1 zu § 437 HGB.

2. Abs. 2. Oberster Gerichtshof (Wien), EisenbE. **21** 157: Wenn eine Ware, die vom Adressaten nicht bezogen wurde, von der Bahn bis zu dem Zeitpunkte der Verfügung des Absenders auf Lager genommen wird und im Magazine der Bahn durch Frost Schaden leidet, so haftet die Bahn für diesen Schaden nicht, wenn sie auch keine besonderen Vorkehrungen zum Schutze der Ware gegen Frost getroffen hat. Denn da die Eisenbahn während des Transports keine besonderen Vorkehrungen zum Schutze empfindlicher Güter gegen Frost zu treffen hat, so können ihr solche besonderen Vorkehrungen um so weniger während einer nach § 437 Abs. 2 HGB. verfügten Einlagerung auferlegt sein.

§ 438. Vgl. § 90 EisVerkO., Art. 44 Berner FrachtÜb.

1. Franz. Kassationshof (Paris), EisenbE. **21** 155, Z. f. d. internat. EisTr. **04** 353: Der Grundsatz, daß durch Annahme des Gutes und Zahlung der Fracht jeder Anspruch gegen den Frachtführer erlischt, greift auch bei Verwechslung des Gutes Platz.

2. OLG. Karlsruhe, DJZ. **04** 512: Die Fracht ist zwar bezahlt und die Sendung angenommen worden, ohne daß zuvor eine Untersuchung durch amtlich bestellte Sachverständige stattgefunden hat. Allein gleichwohl hat der Empfänger seine Rechte gegen den Frachtführer nicht verloren, da er ausweislich der bahnamtlichen Tatbestandsaufnahme die Sendung nur mit Vorbehalt seiner Entschädigungsansprüche angenommen hat und die Bahnverwaltung, indem sie diesen Vorbehalt entgegennahm, ohne ihn abzulehnen, ihm stillschweigend zugestimmt hat. Die Annahme unter Vorbehalt geschah mithin auf Grund einer Vereinbarung.

§ 440. Marcus, R. **04** 132: Durch Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen den Empfänger des Frachtguts auf Untersagung der Veräußerung wird die Erhaltung des Pfandrechts im Sinne des § 440 Abs. 1 HGB. noch nicht erreicht. Denn die Wirkung des Veräußerungsverbots ist nicht gerichtliche Geltendmachung des Pfandrechts, als welche nur die Ausübung der kraft des Pfandrechts dem Gläubiger zustehenden Befugnis anzusehen ist. Für letztere bildet die einstweilige Verfügung auf Veräußerungsuntersagung an den Schuldner nur ein präparatorisches Hilfsmittel, das als solches nach dem nicht auszudehnenden Wortlaute des Gesetzes nicht wie die Pfandrealisierung selbst wirkt. Eben deshalb wird auch der Erlaß des Veräußerungsverbots nur unter besonderen Umständen Platz greifen dürfen.

§ 442. Vgl. Ziff. 3 c zu § 426.

§§ 444, 445, 446. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 625: Die dem Ladeschein innewohnenden Befugnisse setzen naturgemäß ein Verladen des Gutes voraus; ohne Verladung ist der Ladeschein eine wertlose, wennschon echte Urkunde. Keineswegs ist der Ladeschein eine Urkunde mit der Kraft, Rechte auf ein anderes als das verladene Gut zu erzeugen. Anders für das Binnenschiffahrtsrecht (§ 72 Abs. 2, §§ 73—75 des Binnenschiffahrtsgesetzes).

§ 448. 1. Mittelstein, DJZ. **04** 586: Wenn sich bei der Ablieferung des Gutes ein Manko ergeben hat, so wird man den Frachtführer für verpflichtet erachten können, dem Ladescheininhaber zu bescheinigen, daß ein Manko in Streit geblieben ist. Weiter jedoch zu gehen und den Empfänger zur Zurückhaltung des Ladescheins für befugt zu erachten, bis der Schiffer bewiesen hat, daß der Anspruch des Ladescheininhabers nicht begründet sei, entspricht nicht den Grundsätzen von Treu und Glauben.

2. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 1011: Der Schiffer, dem von dem Empfänger des Frachtguts ein ungeeigneter Löschplatz angewiesen wird, braucht die Abfuhr des Gutes durch den Empfänger ohne Zahlung der Fracht und Rückgabe des Ladescheins nicht zu gestatten, weil er sonst hierdurch des ihm gemäß § 440 HGB. zustehenden Pfandrechts verlustig ginge.

§ 449. Vgl. Ziff. 3 zu § 432.

§ 452. 1. *Cörmann, SächsA. **14** 562: Der Ausschluß des Handelsrechts bezüglich der Postbeförderung hat an deren bürgerlich-rechtlicher Eigenschaft nichts geändert. Die Postverträge sind entweder Werkverdingungs-, Auftrags-, Lieferungs- oder Mietverträge. Die Sonderhaftpflicht der Post auf Grund des Postgesetzes berührt nicht: a) die Haftung des schuldigen Beamten gemäß § 823 BGB., b) diejenige der Post für diese Beamten gemäß § 831 BGB.

2. **RG.** JW. **05** 173: Nach § 452 HGB. finden auf die Beförderung von Postgütern durch die Postverwaltungen des Reichs und der Bundesstaaten die Vorschriften des vom Frachtgeschäfte handelnden Abschnitts keine Anwendung. Der Grund dieser Bestimmung ist, weil die Rechte und Pflichten der Post aus den von ihr übernommenen Beförderungen durch die Bestimmungen des Reichspostgesetzes und der auf Grund desselben erlassenen Postordnung eine eingehende Regelung erfahren haben und ein Bedürfnis für die Anwendung der handelsrechtlichen Bestimmungen über den Frachtvertrag nicht mehr besteht (Denkschr. Bem. zu § 414 des Entwurfes eines neuen HGB.). Hiernach erscheint jede, auch nur analoge Anwendung des dem älteren Art. 405 HGB. entsprechenden § 435 des neuen HGB. auf den Postanweisungsvertrag ausgeschlossen.

Siebenter Abschnitt. Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen.

§ 453. Vgl. Eingangsbestimmungen und § 6 EisVerkO., Art. 5 Berner FrachtUeb.

1. Rechtsgültigkeit der EisVerkO.: Vgl. § 471 und JDR. **2** Ziff. 2 zu § 453 HGB.

2. **RG.** **57** 142, EisenbE. **20** 350, **21** 47: Der Schadensersatzanspruch, welcher sich aus der Transportverweigerung ergibt, ist nach dem Rechte des Ortes zu beurteilen, wo die Weigerung stattfindet.

3. **RG.** **57** 142, JW. **04** 217, EisenbE. **21** 47 (vgl. auch die vorhergehende Ziff. 2): Die durch das internationale Frachtübereinkommen geschaffene Einheitlichkeit ist nur eine materielle Rechtsgleichheit, keine formelle Rechtseinheit. Das Übereinkommen ist lediglich Landesgesetz in jedem der Vertragsstaaten. Daher sind die Vorschriften desselben bei einem in Deutschland geführten Rechtsstreite dann nicht revisible Rechtsnormen, wenn dieser Rechtsstreit

die Anwendung des ausländischen Rechtes bedingt und das internationale Übereinkommen daher als ausländisches Recht zur Anwendung kommt.

§ 455. Vgl. die Bem. zu § 433.

§ 456. Vgl. § 75 EisenbVerkO., Art. 30 Berner FrachtÜb.

1. Verlust.

a) BezGer. f. Handelss. (Wien), EisenbE. **20** 353 (vgl. JDR. **2** Ziff. 1 zu § 460 HGB.): Die Eisenbahn haftet nur für wirklichen Abgang während des Transports. Wenn sich also zwischen der Verwiegung der Bahn in der Versandstation und jener in der Empfangsstation eine Differenz herausstellt, so ist diese Konstatierung zwar gegen die Eisenbahn beweismachend, es steht der letzteren aber dennoch frei, den Gegenbeweis zu führen. Führt sie diesen Beweis, so hat sie für die Gewichtsdifferenz nicht zu haften, dafür aber die einmalige Wiegegebühr, weil sie einmal falsch verwogen hat, zurückzugeben.

b) Kassationshof (Florenz), Z. f. d. internat. EisTr. **04** 172: Wenn die Eisenbahn bei der amtlichen Verwiegung in der Versandstation irrtümlicherweise ein höheres Gewicht angibt, als am Bestimmungsorte konstatiert wird, so haftet sie für den Fall, daß keine Gewichtsdeklaration seitens des Absenders vorliegt, nur für die zu viel erhobene Frachtdifferenz, nicht aber auch für den der Gewichtsdifferenz entsprechenden Wert des Gutes.

2. Verschulden des Verfügungsberechtigten.

a) Oberster Gerichtshof (Wien), Z. f. d. internat. EisTr. **04** 132: Der Absender ist nicht verpflichtet, die Beschaffenheit des ihm zur Selbstverladung gestellten Wagens zu prüfen. Die Eisenbahn, welche einen beschmutzten Wagen zur Beladung beigestellt hat, haftet daher für den dadurch an dem Gute entstandenen Schaden, auch wenn die Leute des Absenders oder der letztere selbst den schlechten Zustand bei der Verladung gekannt haben, und sie kann sich zu ihrer Entlastung nicht auf ein Verschulden des Absenders berufen. ➠ Diese Auffassung dürfte wohl kaum zutreffend sein. Es ist nicht einzusehen, warum der Absender, der von der schlechten Beschaffenheit des Wagens Kenntnis hat, dies nicht solle beanstanden müssen. Es liegt, wenn er trotz Kenntnis keine Beanstandung erhebt, konkurrierendes Verschulden der Eisenbahn und des Absenders vor. Über das Rechtsverhältnis bei konkurrierendem Verschulden ist das am Orte der Verladung geltende Recht — und zwar auch bei internationalem Transporte (vgl. **RG. 57** 142 und Ziff. 3 zu § 453) — maßgebend für Deutschland also § 254 BGB. Vgl. zu der Frage auch Reindl, Z. d. V. D. EisVerw. **98** 1273. — Red. ⟵ Vgl. auch Bem. 1b zu § 459.

b) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 1005 (vgl. § 459 Ziff. 5c): Wenn der Absender kontraktlich verpflichtet ist, der Sendung einen Begleiter beizugeben, wie z. B. gemäß Tarifbestimmung III 4 zu § 44 EisenbVerkO. bei Tiersendungen, so hat er gemäß § 278 BGB. das Verschulden des Begleiters als eigenes zu vertreten.

3. Leckage.

a) OLG. **7** 390, R. **04** 50 (Hamburg): Leckage bedeutet eine Eigentümlichkeit des Verlustes, welcher Flüssigkeiten, die in Gefäßen aufbewahrt und transportiert werden, ausgesetzt sind. Sie liegt auch dann vor, wenn durch plötzlichen Einfluß einer äußeren Gewalt die Gefäße zerstört werden und der Inhalt auf einmal verschüttet wird. Totalverlust und Leckage brauchen sich nicht gegenseitig auszuschließen.

b) **RG. 56** 400, EisenbE. **20** 342: Unter gewöhnlicher Leckage versteht man das regelmäßige Dringen gewisser Flüssigkeiten durch die Fugen der Gebinde ohne äußere Beschädigung der letzteren. Im Gegensatze hierzu fällt unter die außergewöhnliche Leckage das durch äußere oder gewaltsame Beschädi-

gung der Fastage herbeigeführte Auslaufen. Doch ist hiermit der Begriff der außergewöhnlichen Leckage nicht erschöpft, vielmehr müssen hierunter auch diejenigen Fälle gerechnet werden, in welchen infolge der eigentümlichen natürlichen Beschaffenheit des Gutes ein das gewöhnliche Maß übersteigendes Aussickern stattgefunden hat.

§ 457. Vgl. §§ 80 und 83 EisenbVerkO., Artt. 30 und 37 Berner FrachtÜb.

Rundnagel, Goldschmidts Z. **55** 444: Bei der Berechnung der Entschädigung im Falle der Beschädigung des Gutes ist folgende Berechnung aufzustellen: Wert des Gutes im unbeschädigten Zustande und Verkaufswert im beschädigten Zustande. Es muß gefragt werden, wie verhält sich in abstracto der Wert der Beförderung des beschädigten Gutes zu dem der Beförderung des unbeschädigten Gutes, oder mit anderen Worten, wie verhält sich der Empfangswert des Gutes in beschädigtem Zustande zu dem in unbeschädigten Zustande. Die dem Empfänger zustehende Entschädigung setzt sich demnach zusammen aus „Gutsentschädigung (GE.)" und „Kostenentschädigung (KE.)". Für die „Gutsentschädigung" läßt sich die Formel aufstellen: $GE = WuV - WbE$ und für die „Kostenentschädigung" die Formel: $KE = K - K \frac{WbE}{WuE}$ oder $KE = K \frac{WuE - WbE}{WuE}$, wobei W u V den Wert des unbeschädigten Gutes am Versandorte, W b E den Wert des beschädigten Gutes am Empfangsorte, W u E den Wert des unbeschädigten Gutes am Empfangsort und K die für die Beförderung des Gutes bis zum Empfangsort aufgewendeten Kosten bedeutet. Wenn daher beispielsweise W u V 200, W b E 150, W u E 250 und K 20 beträgt, so berechnet sich als Entschädigung:

$$GE = 200 - 150 = 50,$$

$$KE = 20 . \frac{250 - 150}{250} = 8,$$ zusammen also 58. Diese Berechnung trifft auch für das Internationale Übereinkommen zu. Vgl. JDR. **2** 247 Bem. Ziff. 2 zu § 457.

§ 458. Vgl. §§ 9, 37 EisenbVerkO.

1. **RG.** JW. **05** 185: Die Annahme, daß aus dem Transportvertrage sich für den Eisenbahnunternehmer die Verpflichtung ergibt, dem Reisenden einen sicheren Ausgang aus dem Bahnhofe zu gewähren, entspricht der Rechtsprechung des RG. (**4** 192, **55** 335). Die Nichtgewährung eines Ausganges, den die Reisenden ungefährdet durchschreiten können, begründet somit auf Seite des Eisenbahnunternehmers die Verletzung einer Vertragspflicht. Die Tatsache, daß ein Tonplättchen auf dem Bahnsteige losgelöst gefunden wurde, über welches der Reisende zu Falle kam, beweist aber an sich noch nicht, daß ein Mangel an Sorgfalt vorgelegen haben müsse, schließt somit auch den Beweis nicht aus, daß kein für den ordnungsmäßigen Zustand Verantwortlicher es hieran habe fehlen lassen. Vgl. Bem. zu § 9 EisenbVerkO.

2. Gorden führt im AöffR. **04** 398, in Ergänzung seiner Abhandlung ebenda **02** 413, aus, daß § 37 EisenbVerkO. über das Rechtsverhältnis der Gepäckträger der Gültigkeit als Rechtsvorschrift entbehre, und läßt den § 37 nur als Verwaltungsanordnung gelten. Daraus aber folge, daß die Haftung der Eisenbahn für Verschulden ihrer Gepäckträger, unabhängig von der Regelung des § 37 EisenbVerkO., nach den Grundsätzen des § 431 HGB. zu erfolgen habe, d. h. daß die Eisenbahn wie jeder gewöhnliche Frachtführer, für ihre Leute voll aufzukommen habe, jedoch mit der Beschränkung auf die Tätigkeit der Gepäckträger innerhalb des Stationsbereichs, wobei allerdings die Zwitterstellung der

Gepäckträger für den über den Stationsbereich hinausgehenden Transport — Angestellte der Eisenbahn innerhalb des Stationsbereichs, selbständige Frachtführer außerhalb dieser Grenze — bestehen bleibe. ➵ Mit der Verneinung der Rechtsgültigkeit des § 37 als einer Rechtsvorschrift ist wohl eine Lösung der streitigen Frage über die Rechtsstellung der Gepäckträger in keiner Weise erzielt, insbesondere kann sie nicht in der Heranziehung des § 431 HGB. gefunden werden. — Red. ⇜ Vgl. IDR. **2** Bem. 2 zu § 458 HGB.

§ 459. Vgl. § 77 EisenbVerkO., Art. 31 Berner FrachtÜb.

1. Beförderung in offenem Wagen.

a) OLG. Posen, R. **04** 455 u. Z. d. V. D. EisVerw. **04** 1163: Der Frachtbriefvermerk über Beförderung in offenem Wagen hat nur die Bedeutung, daß bei Unterlassung der Aufnahme desselben im Frachtbriefe die Eisenbahn sich auf die zu ihren Gunsten in § 459 Abs. 2 aufgestellte Rechtsvermutung nicht berufen kann. Sie kann aber gleichwohl die Haftung für den aus der Beförderung in offenem Wagen entstandenen Schaden unter Berufung auf § 456 Abs. 1 HGB. (Anweisung des Verfügungsberechtigten) ausschließen.

b) Dagegen: Reindl, EisenbE. **21** 188: Die Vereinbarung zwischen Eisenbahn und Absender über die Beförderung des Gutes in offenem Wagen hat nur dann eine die Haftung ausschließende Wirkung, wenn sie in den Frachtbrief aufgenommen wird. Eine mündliche Vereinbarung ist wirkungslos und berechtigt die Eisenbahn auch nicht zu der Berufung auf § 456 Abs. 1 HGB. (Anweisung des Verfügungsberechtigten). Es folgt dies unzweideutig sowohl aus dem Wortlaut als aus der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung. Ebenso Z. f. d. internat. EisTr. **05** 89 und Z. d. Ver. D. EisVerw. **05** 216.

c) OLG. Darmstadt, Z. f. d. internat. EisTr. **04** 272 und EisenbE. **21** 120: Die Eisenbahn ist zum Schadensersatze verpflichtet, wenn ein mit feuergefährlichem Gute beladener Wagen, entgegen den hierüber von ihr getroffenen Anordnungen, in unmittelbarer Nähe der Lokomotive eingestellt wird und nach Lage der Sache anzunehmen ist, daß das Gut durch Funken der Lokomotive in Brand gesetzt wurde.

2. Auf- und Abladen der Güter.

a) **RG.** EisenbE. **20** 351, JW. **04** 265: Auch bei Selbstverladung z. B. lebender Tiere durch den Absender haftet die Eisenbahn für die durch ihr Verschulden mangelhaften Verladungseinrichtungen.

b) **RG.** EisenbE. **20** 336: Eine Vereinbarung über die Selbstverladung durch den Absender zwischen diesem und der Eisenbahn ist dann zustande gekommen, wenn ersterer die Güter in den Wagen verladen hat und letztere daraufhin die Beförderung übernahm; danach genügte die Konstatierung der Selbstverladung in dem in seinem übrigen Inhalte den Transportvertrag ergebenden Frachtbrief als Beurkundung in diesem.

3. Zerbrechliche Güter.

LG. Lübeck, Z. f. d. internat. EisTr. **04** 275: Flüssigkeiten kommen als Gut nur zusammen mit der sie zunächst umgebenden Umhüllung in Betracht. Glasballons gehören also zum Gute. Vgl. auch IDR. **2** Bem. 2 zu § 459 HGB.

4. Außergewöhnliche Leckage. Vgl. Ziff. 3b zu § 456.

5. Beförderung von Tieren.

a) OLG. Kassel, SeuffA. **60** 73: Als eine Gefahr, deren Abwendung durch die Begleitung bezweckt wird, ist nicht diejenige anzusehen, welche dadurch entsteht, daß der Verschluß der Türe eines mit Vieh beladenen Wagens sich während der Fahrt löst, oder die Gefahr, daß ein ordnungsgemäß angebundenes Tier sich während der Fahrt von der Befestigung im Wagen losreißt und aus dem Wagen herausfällt; die Eisenbahn haftet daher gemäß § 456 in solchem Falle

für den durch das Herausfallen des Tieres aus dem Wagen dem Tiere zugegangenen Schaden.

b) Über Haftung für den den Tieren durch langsame Beförderung zugegangenen Schaden vgl. Bem. Ziff. 3 zu § 466.

c) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 1005 (vgl. § 456 Ziff. 2 b): Die Beaufsichtigung der Tiere schließt die Obliegenheit des Begleiters in sich, alle Gefahren von den Tieren abzuwenden, welche durch die Sorgfalt eines ordentlichen Begleiters abgewendet werden können. Hierzu gehört auch die Gefahr der Beschädigung der Tiere infolge Inbrandsetzung des Wagens durch eine im Wagen aufgehängte Laterne. Denn die Gefahr einer Beschädigung durch Brand liegt dadurch nahe, daß nach der Tarifvorschrift Ziff. III 4 zu § 44 EisVerkO. die Begleiter zur Nachtzeit mit brennenden Laternen versehen sein müssen. Somit muß die Sorge eines ordentlichen Begleiters auf eine Handhabung der Laterne gerichtet sein, daß die Entstehung eines Brandes ausgeschlossen ist. Insbesondere darf er die Laterne nicht so aufhängen, daß sie herabfallen kann, ebensowenig aber darf er schlafen, während eine feuergefährliche Laterne bei den Tieren im Wagen brennt. Entsteht daher ein Brand, weil der Begleiter in dieser Hinsicht die gebotene Vorsicht außer acht gelassen hat, so beruht der Brand auf einer Gefahr, welche nicht zu Lasten der Eisenbahn ist. In diesem Falle ist übrigens die Haftung der Eisenbahn auch schon auf Grund des § 456 HGB. ausgeschlossen, weil Verschulden des Begleiters vorliegt, das nach § 278 BGB. vom Absender zu vertreten ist, weil dieser kontraktlich verpflichtet war, einen Begleiter zu stellen.

§ 460. Vgl. § 78 EisenbVerkO., Art. 32 Berner FrachtÜb.

BezGer. f. Handelss. (Wien), Öster. VBl. f. Eis. u. Schiff. **04** 1225: Von der Haftung für Gewichtsverlust bleibt die Eisenbahn im Sinne des § 460 HGB. (§ 78 EisenbVerkO.) befreit, sobald derselbe in der Zeit zwischen der Abwage in der Versandstation und jener in der Empfangsstation infolge der natürlichen Beschaffenheit des Gutes, wenn auch unter Berücksichtigung aller, gegebenenfalls möglichen ungünstigen Umstände überhaupt eintreten konnte und nicht nachgewiesen wird, daß er aus einer anderen Ursache entstanden ist. Hierbei ist nicht allein die Transportdauer, sondern auch eine etwaige Lagerung des Gutes in Betracht zu ziehen.

§ 463. Vgl. §§ 84, 87 EisenbVerkO., Artt. 38, 40 Berner FrachtÜb.

OLG. Prag, EisenbE. **21** 129: Kein Absender ist zur Deklaration des Interesses an der Lieferung verpflichtet, und es kann niemandem daraus, daß er eine solche Deklaration unterlassen hat, ein Verschulden zugerechnet werden; sonach ist ein, sei es nun alleiniges oder Mitverschulden des Absenders an dem durch die bedeutende Lieferfristüberschreitung eingetretenen Schaden ausgeschlossen.

§ 466. Vgl. §§ 86, 87 EisenbVerkO., Artt. 39 u. 40 Berner FrachtÜb.

1. BezGer. f. Handelss. (Wien), EisenbE. **21** 168: Die Eisenbahn muß beweisen, daß das Ereignis, welches sie weder herbeigeführt hat noch abzuwenden vermochte, auch tatsächlich die Überschreitung der Lieferfrist verursacht hat. Ein eintägiger Stillstand eines Wagens wegen Warmlaufens ist zwar auf ein solches Ereignis zurückzuführen, aber während der Dauer desselben *ruht* die Lieferfrist nicht; die Eisenbahn muß daher auch beweisen, daß die Überschreitung der Lieferfrist gerade auf diesen eintägigen Stillstand zurückzuführen ist.

2. BezGer. f. Handelss. (Wien), EisenbE. **21** 257: Außergewöhnliche Verkehrsverhältnisse, wie z. B. strenge Kälte, rechtfertigen nur dann eine Lieferfristüberschreitung, wenn aus diesen Gründen eine bestimmt begrenzte Zuschlagsfrist von der Aufsichtsbehörde genehmigt wurde. Der durch außergewöhnliche Kälte hervorgerufene Umstand, daß die Arbeiter auf dem Bahnhofe mit der Arbeit nur langsam vorwärts kommen und so eine Störung in der Beförderung eintrat,

ist kein Ereignis, welches die Eisenbahn nicht abzuwenden vermochte; sie hätte eben mehr Arbeiter einstellen sollen. Will sie sich hiergegen sichern, so muß sie eine Zuschlagsfrist erwirken.

3. Handelsgericht Brüssel, Z. f. d. internat. EisTr. **03** 100 u. EisenbE. **20** 330 (vgl. Ziff. 5 b zu § 459): Die Verspätung, welche ein zur Beförderung von Tieren benutzter Zug erlitten hat, kann die Eisenbahn nicht schadensersatzpflichtig machen, da der Absender nicht auf kontinuierliche Fortsetzung des Zuges, sondern nur auf Einhaltung der Lieferfrist Anspruch hat. Aus den Dienstreglements der Bahn, wonach deren Angestellte sich zu vergewissern haben, daß die Sendungen nach dem Auslande möglichst rasch an die Grenze kommen und daß die zu diesem Zwecke erforderlichen Maßnahmen getroffen werden, können die Verfrachter kein Recht herleiten, da die durch die Bedürfnisse des Dienstes und die Sicherheit des Betriebs bedingten Aufenthalte der Güterzüge dem Ermessen der Eisenbahn vorbehalten bleiben müssen. Wenn daher infolge längerer Transportdauer ein Tier Schaden nimmt, so ist dies auf die mit dem Transporte für Tiere verbundene besondere Gefahr zurückzuführen.

§ 469. Vgl. § 74 EisenbVerkO., Art. 27 Berner FrachtÜb.

1. Oberster Gerichtshof (Wien), EisenbE. **21** 176: Das Entschädigungsrecht des Empfängers aus Art. 15 Abs. 2 Berner FrachtÜb. gehört nicht zu denjenigen Ansprüchen aus dem internationalen Frachtvertrag, auf welche das Klagerecht des Art. 27 Abs. 3 Berner FrachtÜb. (§ 469 Abs. 1 HGB.) sich erstreckt. Dagegen Eger, Berner FrachtÜb. (2) 401, 419.

2. Oberster Gerichtshof (Wien), EisenbE. **21** 67: Eine Frachtrückerstattungsforderung kann nicht bloß gegenüber der Bestimmungsbahn, welche die Fracht berechnet und eingehoben hat, sondern im Sinne des Art. 27 Berner FrachtÜb. (§ 469 HGB., § 74 EisenbVerkO.) auch gegenüber derjenigen Bahn geltend gemacht werden, welche das Gut mit dem Frachtbriefe zur Beförderung angenommen hat. Denn aus dem Zusammenhalte der Bestimmungen in Artt. 27, 44 Abs. 1 und 45 Abs. 3 und 4 sowie Art. 12 Berner FrachtÜb. (vgl. § 469 Abs. 1, 438 Abs. 1, § 470 Abs. 2 HGB., § 74, § 90 Abs. 1, § 91 Abs. 3 und 4 und § 61 EisenbVerkO.) geht klar hervor, daß die Kompetenzbestimmung des Art. 27 Abs. 3 Berner FrachÜb. (§ 469 Abs. 1 HGB., § 74 Abs. 3 Eisenb. VerkO.) auch auf die im Wege der Klage geltend zu machenden Frachterstattungsansprüche Anwendung zu finden habe. Wenn auch solche Ansprüche nach den Zusatzbestimmungen der einzelnen Tarife bei derjenigen Eisenbahn anzubringen sind, an welche die Zahlung geleistet wurde, so kann durch solche Zusatzbestimmungen der gesetzlichen Kompetenzbestimmung in Art. 27 Abs. 3 Berner FrachtÜb. für gerichtliche Streitfälle nicht derogiert werden.

§ 470. Vgl. § 61 EisenbVerkO., Art. 12 Berner FrachtÜb.

BezGer. f. Handelss. (Wien), EisenbE. **21** 165: Die Eisenbahn ist verpflichtet, von den ungebührlich eingehobenen und zu erstattenden Frachtbeträgen Zinsen zu entrichten, und zwar wenn es sich um beiderseitige Handelsgeschäfte handelt, seit dem Tage der Einhebung, sonst aber vom Tage der Reklamation ab. — Vgl. auch im gleichen Sinne Reindl, Z. d. V. D. EisenbVerw. **99** 545.

§ 471. Vgl. Eingangsbestimmungen zur EisenbVerkO.

*Mode, DJZ. **04** 1084 sucht die von Laband bestrittene Rechtsgültigkeit der Eisenbahn-Verkehrsordnung aus § 471 HGB. zu beweisen. Aus der Nebeneinanderstellung von „Eisenbahn-Verkehrsordnung" und „Verträgen" in § 471 gehe hervor, daß die erstere nicht Vertrag, sondern Rechtsnorm sei. Der Erlaß dieser Rechtsnorm als einer das HGB. ergänzenden, dem bürgerlichen Rechte angehörenden Materie sei Sache des Reiches. Jedoch sollte der Erlaß

nicht im Wege der Reichsgesetzgebung erfolgen; denn sonst wären § 471 Abs. 1, der vorschreibe, daß gewisse Bestimmungen des HGB. nicht durch die EisenbVerkO. ausgeschlossen oder beschränkt werden können, und § 471 Abs. 2 Satz 1, der dieser Vorschrift zuwiderlaufende Bestimmungen für nichtig erklärt, nichtssagend, da die EisenbVerkO. als Reichsgesetz sich über die Vorschriften des HGB. hinwegsetzen könnte. Aus § 471 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 sei daher zu folgern, daß die EisenbVerkO. von einem der Reichsgesetzgebung untergeordneten Organe, also im Verordnungsweg erlassen werden sollte. Zuständig zum Erlasse dieser Verordnung sei mangels anderweitiger Bestimmung der Bundesrat auf Grund seiner staatsrechtlichen Stellung als Repräsentant der Reichssouveränität. ➠ Die gleichen Gründe für die Rechtsgültigkeit der EisenbVerkO. hat auch bereits Reindl, Z. d. V. D. EisenbVerw. **01** 66 vorgebracht. — Red. ⟵ Vgl. noch JDR. **2** Ziff. 2 zu § 453 HGB.

Eisenbahnverkehrsordnung im einzelnen:

§ 7 EisenbVerkO. Vgl. Art. 11 Berner FrachtÜb.

a) Verboten sind nur Preisermäßigungen, nicht auch Preiserhöhungen. Urt. der Ung. Kurie v. 21. April 1904, mitgeteilt von Baumgarten, EisenbE. **21** 99, der aber Zweifel in die Richtigkeit dieser Auffassung setzt.

b) OLG. Dresden, EisenbE. **21** 78: Unklare Fassung der Tarifbestimmungen fällt den Eisenbahnverwaltungen zur Last und ist gegen dieselben zugunsten des Absenders auszulegen.

§ 9 EisenbVerkO.

RG. JW. **04** 358, EisenbE. **21** 68: Die Eisenbahn haftet nach dem Transportvertrage dem Reisenden für das ungefährdete Verlassen des Bahnhofs und hat eine Verletzung desselben, die durch Verschulden eines Bediensteten (Portiers) hierbei veranlaßt wird, gemäß § 278 BGB., § 472 HGB. und § 9 EisenbVerkO. zu vertreten. Vgl. Ziff. 1 zu § 458.

§ 12 EisenbVerkO.

1. Seelmann, AbürgR. **25** 186 ff. untersucht die rechtliche Natur des Straßenbahnbillets und bekämpft die herrschende Meinung, wonach das Billet Quittung über den gezahlten Fahrpreis ist; er findet die Funktionen des Fahrscheins in dessen Zweck, als Zahlungsausweis und als Kontrollzeichen zu dienen; für das sog. Umsteigebillet nimmt er noch eine dritte Funktion, nämlich die eines „Umsteige-Ausweises" an, legt ihm also die Eigenschaft eines sog. unvollkommenen oder relativen (Ausübungs-)Wertpapiers bei.

2. OLG. Breslau, EisenbE. **21** 170, Archiv für Eisenbahnwesen **04** 1507: Ein Reisender, der sein Gepäck unter Mitbenutzung der Fahrkarte einer ihm zwar bekannten, aber nicht mit ihm gemeinsam reisenden und nicht mit ihm zusammengehörenden Person behufs Befreiung von der Gepäckfracht abfertigen läßt, macht sich eines Betrugs schuldig.

§ 21 EisenbVerkO.

a) *Gorden, EisenbE. **20** 193: Die Vorschrift des § 21 Abs. 2 Eisenb. VerkO. ist unpräzis gefaßt und entspricht nicht dem Gedanken, den der Gesetzgeber zum Ausdrucke bringen wollte. Nach der derzeitigen Formulierung kann der Reisende, welcher beim Antritte der Fahrt sich im Besitz einer gültigen Fahrkarte befunden, dieselbe aber späterhin verloren hat, nicht zur Verantwortung gezogen werden. ➠ Eine andere sachentsprechende Formulierung des Abs. 2 des § 21 ist inzwischen durch Bekanntm. des Bundesrats vom 25. März 1904 — RGBl. 143 — mit Gültigkeit vom 1. April 1904 ab erfolgt. Vgl. hierüber JDR. **2** Ziff. 2 zu § 21 EisenbVerkO. — Red. ⟵

b) Boethke, EisenbE. **21** 87 stellt die Änderungen, die der § 21 Eisenb. VerkO. seit 1892 erlitten hat, einander gegenüber und vertritt die Meinung,

daß auch nach der Fassung vom Jahre 1904 eine rechtliche Verpflichtung des Reisenden zur Zahlung des Zuschlags nur dann gegeben sei, wenn der Nichtbesitz einer gültigen Fahrkarte auf einem Verschulden des Reisenden beruht.

Viertes Buch. Seehandel.

Vorbemerkung: Im Berichtsjahre waren fast ausschließlich Rechtssprüche des Reichsgerichts und des Oberlandesgerichts Hamburg zu verzeichnen. Nur wenige, wie insbesondere die zu § 854 und § 879 über den Begriff des Totalverlusts und Berechnung des Schadensersatzes bei Versicherung imaginären Gewinns, berühren Fragen, die auch schon im IDR. 2 behandelt sind. Von bedeutungsvollen neuen Urteilen sind vorzüglich die zu § 611 (Haftung des Verfrachters), § 643 (Nichtanwendung des § 126 BGB. auf das Konnossement), § 651 (Verhältnis des Konnossements zum Frachtvertrage), § 734 (Beweislast bei der großen Haverei), § 735 (Abwägung des gegenseitigen Verschuldens) hervorzuheben.

Zweiter Abschnitt. Reeder und Reederei.

§ 485. **RG. 55** 321: Die dem Seerechte eigentümliche — über die §§ 278 und 831 BGB. hinausgehende — Haftung des Reeders für die Schiffsbesatzung muß auch im Rahmen des § 254 BGB. Anwendung finden. Der Reeder, der wegen eines seinem Schiffsvermögen zugefügten Schadens gegen einen anderen Reeder Ersatzansprüche erhebt, muß sich den Einwand gefallen lassen, seine eigene Schiffsbesatzung habe durch ein Verschulden in der Ausführung ihrer Dienstverrichtungen den Schaden mitverursacht.

§ 499. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. Nr. 109: Der Korrespondentreeder hat nach den gesetzlichen Bestimmungen keine Verpflichtung zu regelmäßiger Rechnungslegung. Nur wenn die Reederei es beschließt, muß er Rechnung legen. Und zwar der Gesamtheit der Reeder. Der einzelne Mitreeder hat keinen Anspruch auf Rechnungslegung. Diesem stehen zur Wahrung seiner Interessen nur die Kontrollrechte des § 498 Satz 2 zur Seite. Er hat Anspruch auf Auskunfterteilung und auf Einsicht in die die Reederei betreffenden Bücher, die nach Satz 1 getrennt zu führen sind und, wenn dies ordnungsmäßig geschieht, einen übersichtlichen Einblick in alle Einzelheiten gewähren müssen.

§ 510. Vgl. BinnSchiffGes. § 2.

Dritter Abschnitt. Schiffer.

§ 535. **RG. 56** 394: In bezug auf die Güter beginnt die Reise, sobald sie in die Gewalt des Schiffers gelangen, und endigt erst mit der Ablieferung der Güter. Solange der Schiffer daher die Güter nicht ausgeliefert hat, ist er auch im Bestimmungshafen berufen, für die Ladungs-Interessenten zu handeln, soweit seine gesetzliche Vollmacht nicht etwa durch die Natur der Sache oder durch besondere Umstände eine Einschränkung erfährt. Eine analoge Anwendung des § 526, der für den Reeder die Schiffervertretung im Heimatshafen ausschließt (ROHG. **4** 442), ist bei der Vertretung der Ladungs-Interessenten nicht angezeigt, da diese keineswegs regelmäßig im Bestimmungshafen anwesend sind und häufig Dritten, die Rechte auf die Ladung geltend machen wollen, nicht bekannt sind.

Vierter Abschnitt. Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern.

§ 570. **RG. 55** 182: Die in Abs. 1 Satz 2 vorgeschriebene Erklärung des Verfrachters, nicht länger warten zu wollen, ist dazu bestimmt, dem Befrachter Gelegenheit zu geben, eine begonnene Beladung noch möglichst zu Ende zu führen oder andere Vereinbarungen mit dem Verfrachter zu treffen, und eine unvermutete Abreise des Schiffes auszuschließen. Die Vorschrift kann keine Anwendung

finden, wenn sich der Befrachter ausdrücklich geweigert hat, Ladung zu liefern, und ebensowenig im Falle des § 578.

§ 577. **RG. 55** 181: Die Vorschrift hat die Abwesenheit des Befrachters zur Voraussetzung. Es wird dem Verfrachter zur Pflicht gemacht, nur bis zum Ablaufe der Ladezeit und nicht auch während der etwa vereinbarten Überliegezeit auf die Abladung zu warten, es sei denn, daß der Befrachter noch innerhalb der Ladezeit eine entgegengesetzte Anweisung erteilt. Bleibt der Verfrachter ohne eine solche Anweisung über die Ladezeit hinaus liegen, so hat er keinen Anspruch auf das vereinbarte Liegegeld. — Mit dem fruchtlosen Ablaufe der Ladezeit wird der Vertrag von selbst hinfällig, ohne daß der Verfrachter erst noch die im § 570 Abs. 1 Satz 2 vorgeschriebene Erklärung, nicht länger warten zu wollen, abzugeben hätte. Der Verfrachter kann abfahren und die Rechte aus § 585 geltend machen.

§ 590. OLG. Hamburg, SeuffA. **59** 207: Die Vorschrift hat darin ihren Grund, daß, wenn ein Schiff auf Stückgüter angelegt ist, die Absicht der Kontrahenten bei Abschluß des Frachtvertrags dahin geht, daß der Schiffer nicht eher fahren will, als bis er eine genügende Ladung hat, daß er aber jedenfalls fahren will, selbst wenn er nur wenig laden sollte, daß aber der Befrachter keine unverhältnismäßig lange Zeit zu warten beabsichtigt. Diese Auffassung herrscht in den beteiligten Kreisen Hamburgs auch heute noch, und zwar auch dann, wenn für Tourendampfer, die auf Stückgüter angelegt werden, Abfahrtszeiten bekannt gemacht werden. Darin liegt für abgeschlossene Frachtverträge nicht die Zusage, daß die Abfahrtszeit prompt innegehalten werde.

§ 606. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. Nr. 24: Unter „Ablieferung" ist derjenige Akt zu verstehen, wodurch der Verfrachter nach beendetem Transporte den Gewahrsam der Ware mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung des Empfängers wieder aufgibt, gleichviel an wen und ohne Unterschied, ob dadurch der Empfänger den Besitz erlangt.

§ 611. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. Nr. 43: Das Allg. deutsche HGB. hatte im Art. 607 die Haftung des Verfrachters aus der Übernahme der Güter (Receptum) geregelt und im Art. 612 für den Fall dieser Haftung die Ersatzpflicht auf den durch den Marktpreis bestimmten Wert der Güter beschränkt. Diese Beschränkung galt aber nur für die gesetzliche Haftung aus dem Rezeptum, so daß bei einer Inanspruchnahme aus dem Frachtvertrage wegen eines zu vertretenden Verschuldens voller Ersatz zu leisten war. Durch die abweichende Fassung der §§ 611 und 613 des neuen HGB. ist dieser Rechtszustand geändert. Der auf den Marktwert beschränkte Umfang der Haftung greift jetzt auch Platz, wenn auf Grund des Frachtvertrags für Verlust oder Beschädigung eingestanden werden muß (ebenso Boyens, Leo, Cosack; a. M. Schaps, Mittelstein, Pappenheim). — Für einen Schaden aber, der durch schuldhaft verspätete Ausführung des Transports entstanden ist, kommt der beschränkte Haftungsumfang nicht in Frage, da er sich nur auf „Verlust" und „Beschädigung" bezieht. Ist indes ein Frachtstück in einem Zwischenhafen versehentlich ausgeladen, so daß der Dampfer es im Bestimmungshafen nicht ausliefern kann, so liegt „Verlust" vor. Der Verfrachter haftet für den Wert, kann den Schaden aber auch dadurch ausgleichen, daß er das Gut mit einem folgenden Dampfer ausliefert. Ein Zögerungsschaden kann in diesem Falle nicht reklamiert werden.

§ 618. **RG. 56** 402: Unter „gewöhnlicher Leckage" ist hier wie in den §§ 456 und 821 der Fall zu verstehen, daß gewisse Flüssigkeiten regelmäßig durch die Fugen der Gebinde dringen, ohne daß diese eine äußere Beschädigung erleiden. Im Gegensatze hierzu liegt außergewöhnliche Leckage vor, wenn das Auslaufen der Flüssigkeiten durch äußere oder gewaltsame Beschädigung der Ge-

binde herbeigeführt ist. Aber auch dann wird außergewöhnliche Leckage anzunehmen sein, wenn infolge der eigentümlichen natürlichen Beschaffenheit des Gutes ein Aussickern stattgefunden hat, das das gewöhnliche Maß überschreitet (vgl. § 459 Ziff. 4).

§ 643. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. Nr. 141: Die Gültigkeit des Konnossements ist nicht durch die Beobachtung bestimmter Formen bedingt. Insbesondere ist nicht „durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben", wenn auch der Natur der Sache nach die Ausstellung nur in Schriftform möglich ist. BGB. § 126 kann demnach keine Anwendung finden, sodaß die Urkunde, wenn aus ihrem Inhalt entnommen werden muß, daß ein Konnossement ausgestellt werden sollte, nicht deswegen ungültig ist, weil die Unterschrift des Schiffers nicht eigenhändig geleistet, sondern durch einen Stempelaufdruck ersetzt ist. Durch § 643 wird nur dem Ablader die Befugnis gegeben, ein Konnossement mit dem angegebenen Inhalte zu verlangen.

§ 651. **RG. 57** 64: Durch die Ausstellung eines Konnossements wird zwar nicht, wie durch die Ausstellung eines Wechsels, ein abstraktes Schuldverhältnis geschaffen: vielmehr bleibt der Frachtvertrag die rechtliche Grundlage der Verpflichtung des Verfrachters. Aber durch das Konnossement wird der Inhalt dieser Verpflichtung in selbständiger und für die Rechte des Empfängers maßgeblicher Weise begrenzt. Insofern ist das Konnossement Skriptur-Obligation. Die nicht darin aufgenommenen Bestimmungen des Frachtvertrags sind dem Empfänger gegenüber unwirksam, sofern das Konnossement nicht ausdrücklich darauf Bezug nimmt. Daher berühren auch mündliche Vereinbarungen zwischen dem Ablader und dem Verfrachter, z. B. über die Zulassung einer Verladung auf Deck, den Empfänger nicht. Nur wenn der Empfänger, obwohl Besitzer des Konossements, materiell bloßer Vertreter des Abladers sein sollte, müßte eine andere Beurteilung Platz greifen. Ebenso, wenn dem Empfänger ein arglistiges Verhalten nachgewiesen wird. Zur Annahme eines solchen kann die Tatsache allein aber nicht ausreichen, daß der Empfänger beim Erwerbe des Konossements von mündlichen Abmachungen seines Vormanns mit dem Verfrachter Kenntnis hatte. Vielmehr müßte vorliegen, daß der Empfänger seine formale Legitimation zu dem Zwecke benutzt, um dem Verfrachter die aus dem Konnossement nicht ersichtlichen Einreden abzuschneiden und ihn dadurch zu benachteiligen.

§ 658. **RG.** HansGerZ. **04** Hauptbl. Nr. 142: Das Bekenntnis des Schiffers im Konnossemente, daß die Güter „in guter Ordnung und Beschaffenheit" (in good order and condition) ins Schiff übernommen seien, bezieht sich lediglich auf das gute äußere Aussehen der Ladung, nicht auf Eigenschaften, die nur kraft einer besonderen, bei einem Schiffer nicht vorauszusetzenden Warenkunde wahrgenommen werden können, z. B. ob der verladene Mais in zu frischem Zustande war.

§ 662. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. Nr. 72: Damit von einer Übernahme der Ausführung des Unterfrachtvertrags durch den Schiffer gesprochen werden kann, ist erforderlich, daß dem Schiffer von der stattgehabten Unterverfrachtung Mitteilung gemacht ist. Fehlt es hieran, so kann die bloße Übernahme der Güter und die Ausstellung der Konnossemente durch den Schiffer — Handlungen, die sich auch als Erfüllung des Hauptfrachtvertrags darstellen — den Reeder nicht für die Erfüllung des Unterfrachtvertrags verantwortlich machen.

Sechster Abschnitt. Bodmerei.

§ 696. **RG. 56** 395: Im Falle des Abs. 2 Satz 2 ist der Schiffer gesetzlicher Vertreter der Ladungsinteressenten. Die Verpflichtung des Schiffers,

die Ladungsinteressenten von dem Verfahren zu benachrichtigen (§ 535), berührt das Verhältnis zur Gegenpartei nicht.

Siebenter Abschnitt. Haverei.

Erster Titel. Große (gemeinschaftliche) Haverei und besondere Haverei.

§ 710. OLG. Hamburg, HansGerZ. 04 Hauptbl. Nr. 136: Die Ausbesserungskosten, von denen gegebenenfalls der Abzug „neu für alt" zu machen ist, umfassen alle Auslagen für Material und Arbeit, einschließlich der Nebenkosten, wie z. B. Schlepplöhne zur Werft, Aufziehen auf den Helling, Dockkosten. Anders nach den York- und Antwerp-Rules. (Ebenso Boyens, Ulrich; a. M. Heck.)

Zweiter Titel. Schaden durch Zusammenstoß von Schiffen.

Literatur: Haekel, Schadensersatzpflicht des Reeders beim Zusammenstoße von Schiffen, Goldschmidts Z. 54 44—89.

§ 734. RG. HansGerZ. 04 Hauptbl. Nr. 88 und 102: Im allgemeinen liegt dem Beschädigten, der Schadensersatz fordert, der Beweis für ein schuldhaftes Verhalten des Beschädigers ob. Er kann dieses Beweises dadurch enthoben sein, daß die Beschädigung unter Umständen erfolgt, die ohne weiteres den äußeren Anschein eines Verschuldens des Beschädigers ergeben. Beim Zusammenstoße zweier Schiffe trifft daher die Aufgabe, sein Verhalten zu verteidigen, das schadenstiftende Schiff dann, wenn es gegen eine bestehende Vorschrift verstoßen hat. Nach fester Regel des Seestraßenrechts soll das fahrende Schiff dem vor Anker liegenden aus dem Wege gehen. Hat ein in Fahrt befindliches Schiff diese Regel nicht befolgt, und das festliegende Schiff angerannt und in Schaden gebracht, so muß es demnach, um sich von der Haftung für den Schaden zu befreien, beweisen, daß die Besatzung frei von Schuld sei. Die Anwendung dieses Rechtsgrundsatzes hat aber zur Voraussetzung, daß das in dem verankerten Schiffe bestehende Hindernis freier Fahrt für das andere Schiff erkennbar war. War es nicht erkennbar, oder ist es auch nur ungewiß, ob es erkennbar war, dann bleibt es bei der Regel, daß der Beschädigte, um Schadensersatz fordern zu können, den Beweis einer schuldhaften Beschädigung erbringen muß.

§ 735. RG. HansGerZ. 04 Hauptbl. Nr. 27: Die Frage nach dem Maße der beiderseitigen Verursachung des Schadens fällt regelmäßig zusammen mit der Frage nach der Schwere des beiderseitigen Verschuldens. Liegt eine Gradverschiedenheit des Verschuldens nicht vor, so wird der Gesamtschaden gleichmäßig auf beide Schiffe zu verteilen sein. Besteht aber eine Gradverschiedenheit, so wird das Gericht zu einer anderweitigen, dieser Verschiedenheit entsprechenden Verteilung schreiten müssen. Dabei kann die Abwägung der beiderseitigen Schuld auch zu dem Ergebnisse führen, daß das Verschulden des einen Teiles im Vergleiche mit dem des anderen so geringfügig erscheint, daß von einer Verteilung des Schadens ganz Abstand genommen und die Ersatzpflicht ausschließlich dem anderen aufgebürdet wird. Gerade diesen Fall hat das Gesetz im Auge, wenn es sagt, daß der Ersatz „von den Umständen abhängen soll", womit dem richterlichen Ermessen ein freier Spielraum eingeräumt ist. Auch ergibt sich hieraus, daß nicht nur diejenigen Gradverschiedenheiten des Verschuldens zu berücksichtigen sind, die sich unmittelbar aus §§ 276, 277 BGB. ergeben, wo zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit unterschieden und die grobe Fahrlässigkeit noch wieder besonders hervorgehoben wird, sondern daß auch geringere, durch diese Begriffe noch nicht festgelegte Unterschiede Beachtung erheischen. Hiernach erscheint es gerechtfertigt, Verstöße gegen die oberste Regel guter Schiffahrt, daß mit Vorsicht und Achtsamkeit und unter Beachtung der seemännischen Praxis verfahren wird,

schwerer zu werten, als die Außerachtlassung einer einzelnen positiven Vorschrift der Kais. VO. z. Verhüt. v. Zusammenst. d. Schiffe auf See und innerhalb des Kreises der positiven Vorschriften für das Maß des Verschuldens wichtigere und minder wichtige zu unterscheiden.

Achter Abschnitt. Bergung und Hilfeleistung in Seenot.

§ 751. **RG. 56** 395: Die Geltendmachung des Pfandrechts des Hilfslohnberechtigten erfolgt nach § 36 StrandOrdn. durch Anmeldung der Ansprüche beim Strandamte.

Die vorgeschriebene entsprechende Anwendung des § 696 führt zu folgendem Ergebnis: Ist die Ladung dem Empfangsberechtigten noch nicht ausgeliefert, so ist die Pfandklage (also die Anmeldung der Ansprüche beim Strandamte) gegen den Schiffer als den gesetzlichen Vertreter der Ladungsinteressenten zu richten.

Zehnter Abschnitt. Versicherung gegen die Gefahren der Seeschiffahrt.

§ 821. 1. **RG.** HansGerZ. **04** Hauptbl. Nr. 115: Ein Fischdampfer, dessen Bunker bei der Abreise mit Kohlen gefüllt waren, tritt die Rückfahrt so spät an, daß die Kohlen nicht ausreichen und nach Verfeuerung von Öl, Petroleum u. a. schließlich die Hilfe eines Schleppers angenommen werden muß. Der Dampfer kann im Sinne des § 36 der Bremischen Seeversicherungsbedingungen nicht als für die vorhabende Reise gehörig ausgerüstet gelten.

2. Vgl. zu § 618.

§ 851. **RG. 56** 401: Das Kriterium zwischen Verlust und Beschädigung ist der Wirkung der schadenbringenden Ursache zu entnehmen. Ist die Ursache eine solche, die zwar die Ware angreift, aber erst durch die unbehinderte Dauer der Einwirkung zum gänzlichen Verluste führt, so wird in der Regel „Beschädigung“ angenommen werden können. So wenn Fässer mit Honig infolge Loskommens der Staulage zertrümmert werden und der Inhalt ausläuft.

§ 854. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. Nr. 113: Ein Totalverlust des Schiffes wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß eine Rettung des Schiffes zwar möglich, aber nur mit unverhältnismäßig großen Kosten möglich sein würde. Es kommt nicht darauf an, ob eine absolute Unmöglichkeit der Wiedererlangung des gesunkenen Schiffes besteht, vielmehr darauf, ob die Wiedererlangung den Umständen nach als durchaus unwahrscheinlich anzusehen ist. Bei der Beurteilung dieser Tatfrage kann das Verhältnis der Hebungskosten zum Werte des Schiffes einen wichtigen Anhaltspunkt bilden. Wenn zu erwarten ist, daß der Betrag der Bergungskosten und der Betrag der Reparaturkosten zusammen den Wert des reparierten Schiffes übersteigen werden, so wird unter normalen Verhältnissen niemand die Bergung unternehmen. Diese Tatsache wird daher unter Umständen ausreichen, einen Totalverlust anzunehmen. Es handelt sich dabei aber immer nur um ein beachtenswertes Indizium. Die Auffassung des englischen Rechtes, daß in einem solchen Falle allemal ein sogen. constructive total loss vorliege, ist dem deutschen Rechte fremd. Vgl. auch JDR. **2** zu § 854.

§ 860. Vgl. zu § 879.

§ 872. **RG.** 56 249: Zur Auslegung der §§ 130 u. 131 der Allg. Seeversicherungs-Bedingungen von 1867 nebst Zusätzen. Wenn das versicherte Schiff, nachdem es im Schneesturm beschädigt worden war, entgegen den Versicherungsbedingungen nicht repariert, sondern im beschädigten Zustande verkauft worden ist, so gilt dieser Verkauf zwar nicht als für Rechnung des Versicherers vorgenommen, der Versicherte aber kann seinen Schaden auf Grund ordnungs-

mäßiger Besichtigungs- und Schätzungsdokumente anderweitig aufmachen und dessen Vergütung vom Versicherer fordern.

§ 879. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. Nr. 31 (vgl. auch JDR. **2** zu § 879): Sind die Güter, von denen imaginärer Gewinn versichert ist, beschädigt im Bestimmungshafen angekommen, so ist ein Überschuß, den der Verkaufserlös der Güter und die für die Beschädigung in großer Haverei erfolgte Vergütung über den Versicherungswert der Güter ergeben hat, bei der Schadensberechnung zu kürzen (vgl. § 860). Hierbei ist die in großer Haverei erfolgte Vergütung ihrem vollen Betrage nach einzustellen, ohne daß der Versicherte den Beitrag abziehen dürfte, den er selbst von den Gütern zur großen Haverei hat leisten müssen. Die Beiträge zur großen Haverei berühren den Versicherer des imaginären Gewinns weder ganz noch teilweise.

Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche.

Art. 2. **RG.** 23. 1. 03, ElsLothJZ. **29** 189: Nach § 22 BGB. in Verbindung mit Art. 2 EGHGB. unterliegt es keinem Bedenken, daß eine Aktiengesellschaft für die unerlaubte Handlung ihres Vorstandes gemäß § 31 BGB. haftet, wonach ein Verein für den Schaden verantwortlich ist, den der Vorstand durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtung begangene, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt.

Art. 7. Haekel, Goldschmidts Z. **54** 80 ff., zieht in Zweifel, daß sich die Bestimmung auch auf Kriegsschiffe der Kaiserlichen Marine erstrecke.

Art. 9. **RG.** ElsLothJZ. **29** 301: Die Bestimmung des Art. 9 Abs. 2 (§§ 133 f. GO.) findet erst vom 1. Januar 1900 ab Anwendung.

Art. 22. 1. KGJ. **27** A 216: Wer vor dem 1. 1. 00 eine Firma erworben hat, die nur einen abgekürzten Vornamen des ursprünglichen Inhabers enthält, ist, falls die Firma nicht an diesem Tage im Handelsregister eingetragen war, nicht berechtigt, sie unverändert oder unter Ausschreibung des Vornamens weiterzuführen; die Einwilligung des ursprünglichen Inhabers oder seiner Erben in die Ausschreibung des Vornamens ist wirkungslos.

2. KG. R. **04** 256 (1243): Auch die vor dem 1. 1. 00 eingetragenen Firmen unterliegen der Löschung, wenn der Betrieb des Geschäfts dauernd auf den Umfang des Kleingewerbes herabsinkt. Art. 22 EG. bezieht sich nur auf die Vorschriften, welche die Bildung der Firmen betreffen.

Seerechtliche Nebengesetze.

Strandungsordnung vom 17. Mai 1874.

§ 39. **RG.** 56 393: Die im Abs. 2 auch dem Hilfslohnschuldner gegebene „Klage" ist keine gewöhnliche Klage im Sinne der ZPO., sondern eine Art von Rechtsmittel, das in der Form der Klagerhebung einzulegen ist und das in seiner Wirkung dem Einspruche der ZPO. verwandt ist. Das durch die Beschreitung des Rechtswegs eröffnete gerichtliche Verfahren stellt sich als eine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Strandamte (§§ 36 ff.) dar. Insbesondere ist daher die Legitimation für die „Klage" auf der aktiven und passiven Seite nach der Sachlage zu beurteilen, die zur Zeit der Geltendmachung des Hilfslohnanspruchs beim Strandamte vorlag. Ein später eingetretener Rechtsübergang bleibt nach § 265 Abs. 2 ZPO. ohne Einfluß.

Verordnung zur Verhütung des Zusammenstoßens der Schiffe auf See vom 9. Mai 1897.

Art. 16. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. Nr. 82: Die Frage, was als „mäßige Geschwindigkeit" anzusehen ist, muß für jeden einzelnen Fall besonders beantwortet werden, je nach der Dichtigkeit des Nebels, nach Wind, Wetter und Seegang, nach Größe, Bauart und Manövrierfähigkeit des Schiffes, nach der Frequenz der Örtlichkeit usw.

Art. 24. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. Nr. 105: Pflichten der Schiffsführer beim Überholen, insbesondere in bezug auf die sogen. Sogwirkung.

Art. 28. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. Nr. 130: Die Signale sind nicht für jede Kursänderung, sondern nur für den Fall vorgeschrieben, daß der Dampfer „einen diesen Vorschriften entsprechenden Kurs einschlägt". Damit ist auf die in den Artt. 17 ff. gegebenen Vorschriften über das „Ausweichen" verwiesen. Diese Bestimmungen setzen aber stets voraus, daß die Annäherung oder die Beibehaltung des Kurses Gefahr des Zusammenstoßes mit sich bringt. Wo das nicht der Fall ist, die Beibehaltung des Kurses also gefahrlos wäre, braucht eine Kursänderung, die Vergrößerung des Abstandes zwischen den Schiffen herbeiführen soll, nicht signalisiert zu werden. Auch nicht im Falle des Überholens (Art. 24).

Seemannsordnung vom 2. Juni 1902.

§§ 43, 57, 70, 89, 92, 98, 99. Brodmann, Goldschmidts Z. 55 203—211: In diesen Paragraphen ist für bestimmte Vorkommnisse, die für die Rechtsverhältnisse der Schiffsmannschaft von Bedeutung sind, die Eintragung ins Schiffstagebuch vorgeschrieben. Wenn das Gesetz dabei die Wendung gebraucht „Der Kapitän hat einzutragen", „Der Kapitän hat zu vermerken", „Der Kapitän muß eintragen", so ist damit nicht angeordnet, daß der Kapitän die Eintragung persönlich vornehmen müsse. Die Regel des § 519 Abs. 2 HGB., daß das Tagebuch unter Aufsicht des Schiffers vom Steuermann oder einem anderen geeigneten Schiffsmanne geführt wird, gilt auch für diese Eintragungen. Die Ausdrucksweise der SMO. soll nur hervorheben, daß, wer auch mit der Führung des Tagebuchs betraut sein mag, den Kapitän die unmittelbare Verantwortlichkeit dafür trifft, daß die vorgeschriebenen Eintragungen nicht unterbleiben.

Binnenschiffahrtsgesetz vom 15. Juli 1895

(in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898).

§ 2. **RG. 56** 360: Der Paragraph trifft in Übereinstimmung mit § 510 HGB. Vorsorge für das sogen. Ausrüster-Verhältnis. Dieses Verhältnis hat, wenn ein Schiffer das Schiff führt, zur Voraussetzung, daß der Dritte, der das Schiff zur Schiffahrt verwendet, den Schiffer angestellt hat, so daß ein Dienstverhältnis zwischen ihm und dem Schiffer besteht. Ein Ausrüster-Verhältnis liegt aber nicht schon dann vor, wenn der Schiffseigner das Schiff einem Dritten gegen Entgelt zur Ausführung von Transporten überläßt, der vom Schiffseigner angestellte Schiffer aber an Bord bleibt und nur die Weisung erhält, in bezug auf die Ausführung der Transporte den Anordnungen des Dritten Folge zu leisten. Es liegt dann Sachmiete in Verbindung mit einem Dienstverschaffungsvertrage (locatio navis et operarum magistri et nauticorum) vor.

§ 3. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. Nr. 123: Wenn der Schiffseigner im Frachtvertrage die Haftung für Fahrlässigkeit des Schiffers ausgeschlossen hat, so greift dieser Ausschluß nicht nur bei einem Verschulden in der Ausführung des Frachtvertrags, sondern auch gegenüber der gesetzlichen Haftung des Schiffseigners für außerkontraktliches Verschulden des Schiffers Platz.

Zusatz zu **§ 4.** Schleppschiffahrt.

1. OLG. Hamburg, SeuffA. **59** 202: Die Zusicherung, ein Fahrzeug nach einem bestimmten Hafenplatze zu schleppen, ist als Werkvertrag im Sinne von § 631 BGB. aufzufassen. Demzufolge unterliegt der auf den Schleppvertrag gestützte Anspruch auf Schadensersatz wegen Beschädigung des geschleppten Fahrzeugs den im § 638 getroffenen Vorschriften über Verjährung. „Abnahme des Werkes“, womit die Verjährung beginnt, liegt aber nicht schon vor, wenn der Unternehmer, ohne den herbeizuführenden Erfolg erzielt zu haben, seine Tätigkeit — wenn auch unfreiwillig — einstellt. Das Gesetz versteht unter Abnahme des Werkes nicht bloß die Hinnahme, sondern die Anerkennung als Erfüllung. Die vorzeitige Beendigung der Schleppfahrt, die dazu führt, daß das Schiff auf die Werft gebracht und die Güter ausgeladen werden, ist demnach noch keine Abnahme des Werkes. Wohl aber würde eine solche vorliegen, wenn der Besteller den vereinbarten Schlepplohn bezahlt.

2. Möller, HansGerZ. **04** Hauptbl. Nr. 112: Der Schleppvertrag gehört zu denjenigen Werkverträgen, bei denen im Sinne von § 640 HGB. „nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist“. Abnahme des Werkes ist körperliche Entgegennahme und Billigung, wovon bei einem Schleppvertrage keine Rede sein kann. In bezug auf die Verjährung der kontraktlichen Ansprüche aus dem Schleppvertrage (§ 638) greift demnach § 646 BGB. ein. Die Verjährung beginnt mit der „Vollendung des Werkes“. Da aber im Sinne dieser Bestimmungen unter „Vollendung“ auch eine mangelhafte Vollendung verstanden werden muß, so beginnt die Verjährung für die Ansprüche aus dem Schleppvertrage wegen einer schuldhaften Beschädigung des geschleppten Schiffes mit der Beendigung der Schleppreise, auch wenn diese Beendigung infolge des Unfalls vorzeitig erfolgt. Stellt sich die Beschädigung des Schiffes aber zugleich als eine unerlaubte Handlung dar, so kann der hieraus abzuleitende Anspruch auch noch nach der Verjährung der Kontraktsklage geltend gemacht werden.

§ 15. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. Nr. 138: Die gesetzliche Vollmacht des Schiffers umfaßt die Befugnis, im Falle einer Schiffahrtsnot einen Vertrag über Hilfsleistungen und deren Vergütung zu schließen, wenn die Ausführung der Reise dies erforderlich macht. Ist die Hilfe aber bereits geleistet, so ist der Schiffer nicht befugt, über die Vergütung zu kontrahieren, da die Ausführung der Reise dies nicht erforderlich macht.

§ 26. 1. OLG. Hamburg, SeuffA. **59** 269: Das Frachtrecht des Flußverkehrs hat keine besondere Bestimmung darüber, wann der Empfänger die Fracht zu zahlen hat. Da aber der Frachtvertrag Werkvertrag ist, so ergibt sich aus §§ 631, 641 BGB., daß der Empfänger nicht schon gegen Löschung, sondern erst gegen Auslieferung des Frachtguts die Fracht zu zahlen braucht. Bei der „Abnahme“ des „Werkes“ ist die Vergütung zu zahlen. Der Erfolg, dessen Herbeiführung den Gegenstand des Frachtvertrags bildet, ist die Auslieferung des Frachtguts am Bestimmungsorte. Vgl. § 435 HGB. Dabei ist zu beachten, daß das Gesetz nur eine einheitliche Auslieferung des Frachtguts gegen einheitliche Zahlung der Fracht kennt.

2. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. Nr. 123: Im Schiffsverkehr muß die Vorschrift des § 432 HGB. auch da Platz greifen, wo mehrere Frachtführer zwar nicht zeitlich aufeinander folgen, sondern sich qualitativ in die Leistung

teilen, z. B. wenn der Befrachter das Gut in den Kahn eines anderen verlädt und selber nur den Schlepper stellt.

§ 36. OLG. Hamburg, SeuffA. **59** 270: Die Bestimmung über den Rücktritt des Befrachters gegen Zahlung der Reufracht kann nur bei reinen Frachtverträgen Anwendung finden, nicht bei einem Vertrage, der zwar auch Frachtvertrag ist, weil er die Beförderung des Gutes einschließt, dessen Hauptgegenstand aber in einer längeren Lagerung des Gutes besteht.

§ 56. OLG. Hamburg, SeuffA. **59** 269: Wenn vereinbart ist, daß der Schiffer die Löschung der Ladung bewirken, z. B. den geladenen Kies ausschaufeln soll, so kann er mangels anderweitiger Verabredung die Fracht nicht eher beanspruchen, als bis die Löschung vollständig beschafft ist (vgl. zu § 26). Er braucht aber mit der Löschung keineswegs auch den Besitz der Ladung auf den Empfänger zu übertragen. Hierzu, d. h. also zur Gestattung der Wegnahme der Ladung, ist der Schiffer nur Zug um Zug gegen Zahlung der Fracht verpflichtet.

§ 72. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 625: Durch die Vorschriften des Gesetzes ist dem Ladeschein im Binnenschiffahrtsverkehre — abweichend vom Landtransportrechte (§§ 444 ff.) — ein dem Seekonnossemente verwandter Charakter gegeben. Der gutgläubige Erwerber des Ladescheins kann demnach unabhängig von einer stattgehabten Verladung auf Grund der Skripturobligation Auslieferung der im Ladescheine bezeichneten Güter oder Schadensersatz fordern.

§ 79. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. Nr. 123: Der Ladungsinteressent, der auf einen Beitrag zur großen Haverei in Anspruch genommen wird, kann sich darauf berufen, daß die Gefahr durch ein Verschulden der Schiffsbesatzung herbeigeführt worden sei. Die Einrede versagt aber, wenn durch den Frachtkontrakt die Haftung des Schiffseigners für Fahrlässigkeit der Schiffsbesatzung ausgeschlossen ist. Und dies gilt auch dann, wenn ein Vertragsverhältnis zwischen dem Ladungsinteressenten und dem, der den Beitrag zur großen Haverei fordert, nicht besteht, wie dies dann der Fall ist, wenn der Verfrachter die Ausführung des Transports einem fremden Schiffe überträgt.

§ 92. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. Nr. 80: Der Anspruch auf Hilfslohn setzt nicht voraus, daß eine unmittelbare Notlage für das gerettete Schiff vorlag; es genügt, wenn bei vernünftiger Beurteilung der gegebenen Verhältnisse angenommen werden durfte, daß das Schiff im Falle des Unterbleibens besonderer Maßnahmen der Gefahr des Unterganges oder der Beschädigung ausgesetzt werde.

§ 93. **RG. 57** 25: Nicht jedes Schiff, auf dem in einem gegebenen Zeitpunkte tatsächlich die Mannschaft nicht anwesend ist, ist im Sinne des Gesetzes ein „von der Schiffsbesatzung verlassenes" Schiff. Die körperliche Entfernung der Schiffsbesatzung allein reicht nicht aus, um diese Voraussetzung eines Bergungsfalls zu erbringen. Das „Verlassen" des Schiffes muß vielmehr im Sinne einer Besitzaufgabe verstanden werden. Das Schiff muß ohne menschliche Aufsicht, gleichsam eine „verlorene Sache" (§ 965 BGB.) sein. Demnach ist in Betracht zu ziehen, daß nach § 856 Abs. 2 BGB. der Besitz durch eine ihrer Natur nach nur vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt nicht beendigt wird.

Post-, Telegraphen- und Zollgesetzgebung.

Reichspostgesetz vom 28. Oktober 1871/20. Dezember 1899.

§§ 1, 2. Literatur: Dambach-Grimm, Das Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs (6), Berlin 1901, mit Nachtrag, Berlin 1904. — Weinrich, Die Haftpflicht der Post für Beschädigung von Reisenden, verglichen mit der Eisenbahnhaftpflicht, EisenbE. **19** 160 ff. — Leutke, Das Verfügungsrecht beim Frachtgeschäft unter besonderer Berücksichtigung des Postfrachtgeschäfts. Berlin 1905.

a) **RG.** EisenbE. **19** 138: Die Beförderung von Zeitungen politischen Inhalts durch expresse Boten auf der Eisenbahn in der Weise, daß der Bote die Pakete als Handgepäck zu sich in die Personenwagen mitnimmt, ist statthaft; dagegen verstößt es gegen das Postgesetz, wenn der expresse Bote die Pakete als Reisegepäck bei der Eisenbahn aufgibt.

b) **RG.** EisenbE. **21** 151, Arch. f. Eisenbahnw. **04** 1221: Es verstößt gegen die Bestimmungen des Postgesetzes, wenn Zeitungspakete als Handgepäck in der Weise befördert werden, daß ein Bote mehrere Fahrkarten löst und auch den zu den von ihm nicht benutzten Plätzen gehörigen Gepäckraum mit Zeitungspaketen belegt.

§ 5. Scheda, Gruchots Beitr. **47** 98 ff.: Die Pfändung und Überweisung (auch Pfändungsankündigung nach § 845 ZPO.) von Postanweisungsbeträgen für eine Schuld des Adressaten ist unzulässig, weil das Briefgeheimnis die Aushändigung des gepfändeten Betrags an einen anderen als an den Adressaten (oder Absender) verbietet und der Adressat keine Forderung gegen die Post erwirkt (**RG. 43** 98).

§ 6. (10, 12, 51.) 1. **RG. 48** 256, JW. **01** 228 (vgl. auch Bem. 1 bis 3 zu § 39 PostO.): Ist eine rekommandierte Sendung, die nicht deklariert war, nach Ablieferung durch die Post an die Zollbehörde durch Verschulden der letzteren verloren gegangen, so haftet auch die Zollbehörde nur in Höhe von 42 M., da § 10 analog anzuwenden ist.

2. OLG. Stuttgart, DJZ. **03** 131: Die Post haftet für Entwendung von Poststücken oder Briefen durch ihr Personal nicht nach Maßgabe des § 831 BGB., denn das Postgesetz regelt die Haftung der Post in dem Sinne, daß jede Haftung der Postverwaltung ausgeschlossen sein solle, die sich nicht aus den Bestimmungen des Postgesetzes selbst ergebe, also auch eine aus den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes abzuleitende Haftung für unerlaubte Handlungen von Bediensteten. Hierfür spricht nicht nur der Wortlaut der §§ 12 u. 51 PostG., sondern auch die Erwägung, daß nicht wohl beabsichtigt gewesen sein konnte, die Postverwaltung einer je nach den einschlägigen Landesgesetzen in ihrem Umfange ganz verschiedenen Haftung zu unterwerfen und sie so z. B. der Gefahr auszusetzen, im Gegensatze zu den im § 6 a. E. und § 12 PostG. enthaltenen Bestimmungen für den durch Entwendung oder Unterschlagung eines gewöhnlichen Briefes seitens eines Postbeamten entstandenen, vielleicht sehr hohen Schaden aufkommen zu müssen, während doch die Schnelligkeit und Billigkeit der Briefbeförderung zum Teile darauf beruhe, daß betreffs der gewöhnlichen Briefe keinerlei Kontrollmaßregeln bestehen. An dieser Rechtslage ist durch das Inkrafttreten des BGB. gemäß Art. 32 EG. hierzu nichts geändert worden.

3. a) OLG. Köln, R. **03** 531; **RG. 57** 150; Scholz, Gruchots Beitr. **47** 561 Anm. 18: Das Postgesetz hat durch die im Abschnitt II gegebenen Bestimmungen, insbesondere durch §§ 12 u. 51, die Haftung der Post auch für mangelhafte Ausführung von Zustellungen ausgeschlossen.

b) **RG. 57** 150, EisenbE. **21** 50: Die Zustellung von Schriftstücken durch die Post erfolgt auf Grund des zwischen dem Absender bzw. dem

Auftraggeber und der Postverwaltung bestehenden Beförderungsvertrags. Dieselbe besteht in der Übergabe des Schriftstücks in Verbindung mit der hierüber erfolgenden Beurkundung. Ein Versehen in der Ausführung der einen oder anderen Funktion, das die Unwirksamkeit der Zustellung zur Folge hat, bildet danach eine nicht ordnungsmäßige Ausführung der der Postverwaltung obliegenden Vertragsverbindlichkeit. Ob und inwieweit die Post hierfür haftet, bestimmt sich danach, wie das Gesetz das Vertragsverhältnis geregelt hat, und wenn die Haftbarkeit für die Folgen unrichtiger Zustellung gesetzlich ausgeschlossen ist, so ist es selbstredend nicht angängig, im Falle eines dem fungierenden Angestellten der Post bezüglich der ordnungswidrigen Zustellung zur Last fallenden Versehens dennoch die Verantwortlichkeit der Post aus Art. 1384 code civil herzuleiten.

4. OLG. **10** 52 u. SeuffA. **60** 94 (Hamburg): Die Post haftet bei Postanweisungen nicht für den Schaden wegen verspäteter Auszahlung.

5. OLG. Hamburg, DJZ. **04** 1192 (vgl. jetzt auch RG. **57** 151 u. oben Ziff. 3b, ferner JDR. **2** 511 Bem. 6b zu § 831 BGB.): Wenn der auf ein Postpaket gelegte Nachnahmebetrag vom Adressaten eingezahlt ist, das Paket aber daraufhin vom Postboten unter Rückgabe des Nachnahmebetrags wieder zurückgenommen wird, so haftet die Post dem Absender für den Nachnahmebetrag, dagegen aber nicht für weiteren Schaden (Zinsen, Kosten eines Vorprozesses gegen den Adressaten). Erstere Haftung folgt daraus, daß die Post für einen einmal eingezogenen Nachnahmebetrag, der per Postanweisung an den Absender einzusenden ist, schlechthin aufzukommen hat (vgl. Mittelstein, Postrecht 127); der Ausschluß der Haftung in letzterer Beziehung ergibt sich daraus, daß die Post auf Grund des Postgesetzes und der Postordnung nur für den Nachnahmebetrag aufzukommen hat und eine Haftung derselben wegen außervertraglichen Verschuldens ihrer Beamten — entgegen RG. **19** 107 — mit Mittelstein, Postrecht 38 und OLG. Stuttgart, DJZ. **03** 131 nicht besteht, da das Postgesetz die Haftung der Post erschöpft.

§ 11. 1. Weinrich a. a. O. 162: Die Haftpflicht der Post wird durch den vom Reisenden mit der Post abgeschlossenen Beförderungsvertrag begründet; sie entfällt daher bei Verletzung eines sog. blinden Passagiers. Die Haftpflicht tritt ein mit der Perfektion des Vertrags, also auch bei Verletzungen vor Antritt der Reise, z. B. bei Verletzungen durch Hufschlag eines Pferdes beim Anspannen. Werden Dritte durch den Postbetrieb verletzt, so richtet sich die Haftpflicht nach den Bestimmungen des BGB.

2. Weinrich a. a. O. 162: Ein Anspruch steht nur dem Verletzten zu, niemals aus eigenem Rechte den Hinterbliebenen.

3. Weinrich 162, Laß u. Maier, Haftpflichtrecht 24: Körperverletzung im Sinne des § 11 umfaßt, wie bei der Eisenbahnhaftpflicht, jede Gesundheitsbeschädigung; sie kann auch erst später hervorgetreten oder durch eine schon vorhandene Anlage begünstigt worden sein.

4. Weinrich 163: Ersatz für die Auslagen, welche durch die infolge der Beschädigung eingetretene Vermehrung der Bedürfnisse des Verletzten notwendig geworden sind, kann nicht in Form einer Rente, wie nach § 843 Abs. 1 BGB., verlangt werden, sondern nur wenn und insoweit diese Auslagen einzeln nachgewiesen werden.

5. Weinrich 164: Abfindung für den Anspruch auf Ersatz der Kur- und Pflegekosten durch Zuerkennung einer Buße ist auch hier möglich.

6. Weinrich 163, 164: Bezüglich der Anrechnung der von dritter Seite empfangenen Beträge gilt das gleiche wie nach § 4 HaftpflG.

7. **Weinrich** 166/67: Unter höherer Gewalt im Sinne des § 11 ist entsprechend dem vom römischen Rechte ausgebildeten Begriffe derselben ein schadenbringendes, objektiv nicht zu verhütendes Ereignis zu verstehen. Durch die Wahl des Ausdrucks „eigene Fahrlässigkeit" statt — wie im HaftpflG. — „eigenes Verschulden" ist sodann klargestellt, daß nur Verschulden des Reisenden im subjektiven Sinne die Haftpflicht der Post ausschließt.

8. **Weinrich** 168: Die an dem Unfalle schuldigen Personen haften für die Kur- und Verpflegungskosten mit der Post solidarisch. Der Posthalter haftet neben der Post und dem schuldigen Postillon aus § 831 BGB. dann, wenn er nicht beweist, daß er bei der Auswahl des Postillons die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat; für die Pferde haftet der Posthalter aus § 833 BGB.

9. **Weinrich** 169: Der Postfiskus hat ein Rückgriffsrecht gegen den Posthalter auf Grund des mit letzterem geschlossenen Vertrags, wenn den Posthalter ein Verschulden in Auswahl des Postillons oder durch Beistellung eines untauglichen Wagens oder unbrauchbarer Pferde trifft, nicht aber gemäß § 840 Abs. 4 BGB., wenn der Unfall durch die Pferde ohne Verschulden des Posthalters verursacht wurde. Ebenso hat er Rückgriffsrecht gegen den schuldigen Mitreisenden auf Grund des mit diesem abgeschlossenen Vertrags, nicht aber gegen den schuldigen Dritten oder den Eisenbahnbetriebsunternehmer im Falle des § 1 des HaftpflG.

10. OLG. Stuttgart, R. **03** 79: Der Posthalter haftet dem Reisenden für ein Verschulden des Postillons nur dann, wenn er bei der Auswahl des letzteren die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewendet hat. Dagegen haftet die Postverwaltung ohne weiteres für das Verschulden des Postillons gemäß § 278 BGB. Denn die Postverwaltung, welche die Beförderungsverträge mit den Reisenden in eigenem Namen abschließt, bedient sich zur Erfüllung ihrer dem Fahrgaste gegenüber obliegenden Verpflichtung des Posthalters und der Posthalter hinwiederum bedient sich zur Erfüllung seiner der Postverwaltung gegenüber bestehenden Verpflichtung zur Bewirkung des Transports des Postillons. Eine Haftung des Posthalters nach § 833 BGB. aber entfällt dann, wenn sich die Pferde in der Gewalt des Postillons befunden haben.

11. OLG. **4** 248 (KG.): Auch die Fuhrwerke der fahrenden Landbriefträger sind im gesetzlichen Sinne als „ordentliche Posten" zu erachten. Es tritt daher auch hier die bei Reisen mit den ordentlichen Posten der Postverwaltung obliegende Ersatzpflicht ein. Dagegen **Dambach-Grimm**, Nachtrag 29, 31.

§ 13. Über die Prozeßvertretung des Reichspost- und Telegraphenfiskus **Scholz**, Gruchots Beitr. **47** 561.

§ 14. **Weinrich**, **19** 167, 168: Die 6 monatige Verjährung läuft auch ab, wenn sich die Folgen des Unfalls erst später bemerkbar machen. Zur Verhinderung des Ablaufs der Verjährung ist Feststellungsklage zulässig.

§ 16. **RG.** DJZ. **02** 311: Die im § 16 Abs. 1 des Reichspostgesetzes vorgesehene Befreiung der Fuhrwerke von Privatunternehmern soll diesen nur um des öffentlichen Interesses willen zustatten kommen, nämlich lediglich insoweit, als die Fuhrwerke den Zwecken der Postverwaltung dienen. Beklagter, der zufolge Vertrags mit der Reichspostverwaltung Fuhrwerk zwischen bestimmten Orten verkehren läßt, ist deshalb zur Entrichtung von Fahrgeld auf einer städtischen Fähre nur insoweit verpflichtet, als er mit seinem Fuhrwerke neben den Gepäckstücken der damit beförderten Personen und Postsendungen auch noch anderes Frachtgut befördert, während umgekehrt sein Anspruch auf Befreiung davon abhängt, daß sich auf seinem Fuhrwerk ausschließlich Reisende und deren Gepäckstücke und Postsendungen befinden.

§ 27. a) **RG.** (Strafs.) JW. **04** 247: Es wird neuerdings in Literatur und Rechtsprechung nicht mehr in Zweifel gezogen, daß § 27 Postgesetzes nicht allgemein vorsätzliches Handeln voraussetzt, sondern daß nur Nr. 4 dieses Erfordernis aufstellt. Ebenso herrscht Einhelligkeit darüber, daß Fahrlässigkeit im gewöhnlichen strafrechtlichen Sinne den subjektiven Tatbestand der Nr. 1—3 erfüllt.

b) **RG.** Strafs. JW. **04** 373: Um einen unberechtigten Eingriff in das staatliche Postmonopol würde es sich handeln, wenn die Reklamebriefe entgegen dem eigentlichen Willen der Beteiligten aus Ersparnisrücksichten zunächst von St. aus in einem Postpakete unter der Adresse des W. nach N. verschickt und von dort aus erst einzeln durch W. an ihre Adressaten daselbst, sei es auch wiederum durch die Post, weiterbefördert würden (**RG.** Strafs. **29** 269, **33** 242). Wesentlich anders ist aber die Sache rechtlich aufzufassen, wenn nach dem erkennbaren Willen der Beteiligten eine doppelte Beförderung in Aussicht genommen ist, von denen jede als eine in sich selbständige sich darstellt und zwar derart, daß die erste Beförderung mit der Bestellung an den ersten Adressaten ihren vollständigen Abschluß findet und die zweite Beförderung als eine völlig neue sich anschließt, bei der der erste Adressat als selbständiger Absender zu erachten ist und nicht nur in mechanischer Weise für den eigentlichen ersten Absender die Weiterbeförderung der ihm von diesem zugeschickten Sendung vermittelt. Ob im einzelnen Falle die konkrete Sachgestaltung diese oder jene der an sich möglichen verschiedenen Alternativen zuläßt, ist wesentlich Tatfrage.

Postordnung vom 20. März 1900.

§ 33. a) OLG. **6** 91 (Hamburg): Mit der Aushändigung der Postpaketadresse an den Adressaten hat die Ablieferung der Ware noch nicht stattgefunden. Es war dadurch lediglich der Versuch der Ablieferung gemacht, der aber scheiterte, weil der Adressat ablehnte, die Ware an sich zu nehmen. Solange aber der Adressat einer Postsendung sich nicht zu deren Abnahme bereit erklärt, übt die Postverwaltung den Gewahrsam an der Sendung nicht für ihn, sondern für den Absender aus, mag die Postpaketadresse auch bereits beim Adressaten abgegeben sein.

b) **RG.** JW. **05** 172: Nach § 33 der Postordnung kann der Absender eine Postsendung zurücknehmen oder ihre Aufschrift ändern lassen, solange sie dem Empfänger noch nicht ausgehändigt ist. Hieraus muß in Übereinstimmung mit der Entscheidung des **RG. 43** 98 entnommen werden, daß ein selbständiger Auslieferungsanspruch des Adressaten einer Postsendung gegenüber der Postanstalt nicht besteht und diese daher auch bei Auszahlung des auf einer Postanweisung angegebenen Betrags an den Adressaten lediglich den mit dem Aufgeber der Anweisung geschlossenen Vertrag erfüllt. Die Zahlung im Postanweisungsverkehre, welche die Post dem Adressaten leistet, erfolgt daher mit dem Willen, daß dieser sie als eine ihm vom Absender durch Vermittelung der Post übersendete empfange, sie geschieht also für Rechnung des Absenders. Ist daher der Empfänger Gläubiger des Absenders und war nach dessen ausdrücklich erklärtem oder aus den Umständen zu entnehmendem Willen der angewiesene Betrag zur Tilgung von dessen Schuld bestimmt, so erlischt zu dem entsprechenden Betrage die Forderung des Empfängers, sofern auch er den Willen hat, das ihm von der Post überantwortete Geld als Zahlung auf seine Forderung anzunehmen und zu verwenden. Hat deshalb ein Postbeamter zum Zwecke der Tilgung einer ihm dem Adressaten der Postanweisung gegenüber obliegenden Schuld eine Postanweisung, ohne Einzahlung des Betrags in die Postkasse, angefertigt und übersendet und hat der Adressat dieses Geld auch zur Tilgung der Schuld angenommen und verwendet, so ist er nicht ungerechtfertigt bereichert und ein Rückerstattungsanspruch der Postanstalt ausgeschlossen.

§ 39. 1. **RG. 48** 256, JW. **01** 228, R. **01** 291; vgl. auch Bem. Ziff. 1 zu § 6 PostG.: Der Posttransportvertrag ist mit der Übergabe des der zollamtlichen Behandlung noch unterliegenden Poststückes an die Zollbehörde am Bestimmungsort und der entsprechenden Benachrichtigung des Adressaten von seiten der Post erfüllt.

2. Die Zollbehörde hat dem Absender gegenüber die Pflicht, die Sendung aufzubewahren und sie nach zollamtlicher Behandlung, eventuell gegen Entrichtung der entsprechenden Abgabe dem Adressaten auszuliefern.

3. Der Vertrag des Absenders mit der Zollbehörde gehört nicht zu den im BGB. geregelten. Die Zollbehörde haftet nach § 276 BGB.

§ 42. OLG. Kassel, R. **05** 200: Die Bestimmung, daß die Postverwaltung für die richtige Bestellung nicht verantwortlich ist, wenn der Adressat schriftlich erklärt hat, die an ihn eingehenden Postsachen selbst abzuholen oder abholen zu lassen, ist nicht instruktioneller Natur, sondern hat die Bedeutung einer wesentlichen Vorschrift, schließt also die Haftung der Post aus.

Reichstelegraphengesetz vom 6. April 1892.

§ 12. 1. **RG. 50** 83: § 12 enthält kein zwingendes Recht, sondern kann durch Vereinbarung abgeändert werden. Der schutzpflichtige Unternehmer hat seiner Pflicht genügt, wenn er solche Einrichtungen getroffen hat, welche nach dem derzeitigen Stande der Technik den wirksamsten Schutz gegen Störungen gewähren.

2. OLG. **5** 417 (Hamburg): Nach § 12 sind von dem späteren Unternehmer nur die Kosten der Sicherung der früheren Anlage als solcher zu ersetzen. Er kann nicht verpflichtet werden, die Kosten einer neueren sicheren Anlage an Stelle der alten zu tragen. Auch soll der Anspruch der älteren Anlage auf Schutz kein absoluter sein, sondern nur ein Schutz „nach Möglichkeit".

Reichstelegraphenordnung vom 9. Juni 1897.

§ 22. Reindl, BayrVerkehrsbl. **02** Nr. 2: Die im § 22 TelO. vom 9. Juni 1897 enthaltene Bestimmung, wonach die Telegraphenverwaltung für die richtige Überkunft und Zustellung der Telegramme nicht haftet, ist auch im Hinblick auf die Bestimmungen in §§ 89 und 31 BGB. noch gültig.

Telegraphenwegegesetz vom 18. Dezember 1899.

§§ 4, 13, 19. 1. **RG.** JW. **01** 87: Das Gesetz findet keine Anwendung auf schon vor dem 1. Januar 1900 entstandene Schadensersatzansprüche.

2. Die Verwaltungsbehörde hat bezüglich der Ansprüche aus § 4 auch darüber, ob und wem gegenüber eine Ersatzpflicht besteht, vor der gerichtlichen Entscheidung zu befinden.

§ 6. **RG. 57** 364, EisenbE. **21** 147, R. **04** 364: Wenn für eine schon bestehende Telegraphen- und Telephonleitung aus Anlaß einer später angelegten städtischen Straßenbahn Schutzvorrichtungen erforderlich werden, so fallen die Kosten hierfür sämtlich — nicht bloß die Kosten für die an den vorhandenen Telegraphenanlagen selbst erforderlichen Schutzvorrichtungen — der Telegraphenverwaltung zur Last.

Vereins-Zollgesetz vom 1. Juli 1869.

§ 12. RG. 52 158: Über die Frage, ob einem Gewerbetreibenden der Eingangszoll auf Grund des § 7 Ziff. 3 des Gesetzes betr. die Abänderung des Zolltarifgesetzes v. 14. 4. 94 nach Maßgabe eines von den Zollbehörden festzusetzenden Ausbeuteverhältnisses nachzulassen sei, ist durch reichsgesetzliche Vorschriften der Rechtsweg nicht ausgeschlossen. Es gilt hier das gleiche, was das RG. hinsichtlich des § 12 VZollG. wiederholt ausgesprochen hat, daß nämlich für die Rückforderung eines angeblich zu Unrecht gezahlten Zollbetrags der Rechtsweg reichsgesetzlich nicht ausgeschlossen sei, und daß durch das Vereinszollgesetz nur die Anwendung des Tarifs, die Unterstellung einer Ware oder Warengattung unter eine bestimmte Tarifposition, gemäß § 12 VZollG. ausschließlich den Zollbehörden vorbehalten sei.

§ 153. RG. A. f. Eisenbahnw. 02 463: Als Eisenbahnverwaltung im Sinne des § 153 Abs. 1 Note 22 des Vereinszollgesetzes ist nur dasjenige Unternehmen zu bezeichnen, das die technische und wirtschaftliche Ausnutzung der gesamten Anlagen der Eisenbahn zu den von dieser bezweckten Beförderungsleistungen zum Inhalte hat. Dazu gehört notwendig die Leitung ihres Betriebs in ihrer Gesamtheit. Die internationale Schlafwagengesellschaft in Brüssel ist keine Eisenbahnverwaltung im Sinne des § 153 a. a. O.

§ 156. RG. JW. 03 316: Das Rechtsverhältnis im Falle der Beschlagnahme eines Gegenstandes als Kontrebande durch die Zollbehörde gestaltet sich dahin, daß das Eigentum an dem beschlagnahmten Gegenstande sofort mit der Beschlagnahme auf den Fiskus übergeht, jedoch in der Weise resolutiv bedingt, daß, wenn in dem folgenden Verfahren festgestellt wird, daß eine Zolldefraude nicht vorlag, das Eigentum des Fiskus von selbst wieder in Wegfall kommt und auf den früheren Eigentümer zurückübertragen wird. Daß unter allen Umständen in derartigen Fällen die Zollverwaltung verpflichtet wäre, die beschlagnahmten Gegenstände dem Eigentümer an dessen Wohnort zurückzugeben, ist allerdings nicht anzuerkennen; vielmehr wird es im einzelnen Falle in dieser Hinsicht auf die Lage der jeweiligen Verhältnisse und insbesondere darauf ankommen, welche Schritte vernünftigerweise für geeignet und erforderlich zu erachten sind, um die Rückübertragung erfolgreich ohne weitere Schädigung des Berechtigten zu bewirken.

Hypothekenbankgesetz.

Vorbemerkung: So zahlreich wie die volkswirtschaftliche Literatur über die Hypothekenbankmaterie ist, so schwach rinnen die Quellen der juristischen Literatur. Natürlich kann nach dem Zwecke des JDR. nur über diese berichtet werden. Dieser Bericht unterscheidet sich von dem anderer Gesetze dadurch, daß seinen Gegenstand nur Kommentare und Abhandlungen bilden, Judikatur aber gänzlich fehlt. Der Mangel einer solchen macht sich fühlbar: Die Zahl der Streitfragen ist eine engbegrenzte, es fehlt fast gänzlich die befruchtende Anregung, welche von den Rechtsfällen, den Fällen des praktischen Lebens, ausgeht. Nur die vor einigen Jahren stattgehabten Konkurse bzw. Sanierungen von Hypothekenbanken haben einige Rechtsfragen gezeitigt.

Literatur: a) Handausgaben: Bonschab, Hypothekenbankgesetz, München 1900. — Göppert, Hypothekenbankgesetz, Berlin 1900. — Hillig, Das Hypothekenbankgesetz, Leipzig 1900. — Merzbacher, Hypothekenbankgesetz, München 1900.
b) Aufsätze und Abhandlungen: Gunz, Die rechtliche Natur des Treuhänders im Hypothekenbankgesetze, Berlin 1903. — Hecht, Das Hypothekenbankrecht in der Holtzendorff-Kohlerschen Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Berlin 1903. — Hecht, Die Organisation des Bodenkredits in Deutschland, II. Abteilung, Die Hypothekenbanken I. Leipzig 1903. — Immerwahr, Über die vermögensrechtliche Bewertung von Inhaberschuldverschrei-

bungen im Besitze des Ausstellers, Holdheims MSchr. **00** 269. — Jäger, Die Konkursordnung auf der Grundlage des neuen Reichsrechts, Berlin 1902. — Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechts, Stuttgart 1903. — Rehm, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften 2c., München 1903. — Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Rechte, in Iherings J. **43** 91. — Seidel, Die rechtliche Sicherung der Pfandbriefgläubiger nach dem Reichshypothekenbankgesetz, Holdheims MSchr. **02** 177. — Seidel, Die Ausgabe von Hypothekenpfandbriefen und die Hypothekenregister nach dem Reichshypothekenbankgesetz, Hirths Ann. **02** 881. — Seuffert, Die Pfandbriefgläubiger im Konkurse über das Vermögen einer Hypothekenbank, BuschsZ. **27**, 1900. — Simon, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien, Berlin 1899. — Sontag, Die Beleihung von Warenhäusern durch Hypothekenbanken, Handelsteil des Berliner Tageblatts **04** Nr. 660, 662. — Sontag, Die Rechtsmittel gegen Anordnungen der den Hypothekenbanken übergeordneten Aufsichtsbehörde, BankA. **4** 20 ff. — Tobias, Disagiogewinn und Bilanz der Hypothekenbanken, Holdheims MSchr. **01** 73 ff.

§§ 3, 4. Sontag, BankA. **4** 20 ff. untersucht, in Anknüpfung an die Bestimmungen der §§ 3 und 4 HypBankG., nach welchen die Hypothekenbanken der staatlichen Aufsicht unterliegen und die Kompetenz der Aufsichtsbehörde eine sehr weitgehende ist, die Frage, welche Rechtsmittel die Hypothekenbanken gegen Anordnungen der Aufsichtsbehörde haben.

Das HypBankG. gibt auf diese Frage keinerlei Antwort. — Man ist daher darauf angewiesen, die Aufsicht der Aufsichtsbehörde auf ihre rechtliche Natur hin zu prüfen und daraus die Antwort zu gewinnen.

In Preußen sind nach A. H. E. vom 13. 8. 1876 die Hypothekenbanken dem Ministerium für Landwirtschaft, Domänen und Forsten unterstellt und es übt die Aufsicht der zuständige Regierungspräsident bzw. der Polizeipräsident von Berlin. Diese Aufsicht könnte ihrer rechtlichen Natur nach eine zweifache sein. Sie könnte entweder in das Gebiet der Landeshoheitssachen fallen und die rechtliche Natur jener Oberaufsicht haben, wie sie der Staat über öffentliche Anstalten, Gesellschaften und Korporationen ausübt, oder in das Gebiet der Polizeisachen, und die rechtliche Natur der Polizeiaufsicht haben, wie sie gegen jeden Privatmann und jede Privatgesellschaft gehandhabt wird.

Erstere Ansicht wäre aus den Entscheidungen zweier Verwaltungsbehörden abzuleiten (die übrigens nicht Hypothekenbanken betreffen).

Sontag weist diese Auffassung mit ausführlicher Begründung zurück. Er stimmt hierin mit dem OVG. (**17** 420) überein, er bestreitet jedoch, daß die von diesem aufgestellte Scheidung nach dem Zweckgedanken, nämlich daß die erste oder zweite Kategorie der Aufsicht Platz greife, je nachdem der Staat an den Zwecken einer Gesellschaft ein öffentlich-rechtliches, also größeres Interesse nehme, oder nur ein so geringes, wie er an den Zwecken jeder Einzelperson nehme, Allgemeingültigkeit beanspruchen dürfe. Für das OVG. fällt größeres Interesse des Staates mit öffentlich-rechtlicher Korporation und geringeres Interesse mit Privatgesellschaft zusammen. Es muß dem jedoch entgegengehalten werden, daß der Staat mindestens an zwei Gruppen Privatgesellschaften ein höheres Interesse nimmt, an den Hypothekenbanken und den Versicherungsgesellschaften. Dementsprechend ist die Aufsicht über diese eine intensivere und dadurch kann auch die rechtliche Natur der Aufsicht beeinflußt sein. Zu bejahen wird dies sein für die Aufsicht über die Versicherungsgesellschaften, zu verneinen für die Aufsicht über die Hypothekenbanken. Die Aufsicht über diese wird als eine polizeiliche anzusehen sein.

Unterstützt wird diese Auffassung durch einen (von Sontag wiedergegebenen) Vorgang bei der Beratung des HypBankG.

Ist aber die durch die Aufsichtsbehörde über die Hypothekenbanken geübte Aufsicht als ein Ausfluß der staatlichen Polizeigewalt anzusehen, und wird diese Polizeigewalt von dem Regierungspräsidenten bzw. dem Polizeipräsidenten von

Berlin ausgeübt, so gibt auf die Frage nach den Rechtsmitteln gegen polizeiliche Anordnungen dieser Organe § 130 des Gesetzes über die Allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 Antwort. Danach findet gegen polizeiliche Verfügungen des Regierungspräsidenten innerhalb zweier Wochen die Beschwerde an den Oberpräsidenten und gegen den vom Oberpräsidenten auf die Beschwerde erlassenen Bescheid innerhalb gleicher Frist die Klage bei dem Oberverwaltungsgerichte statt.

Neben diesem ordentlichen Instanzenzuge muß den Hypothekenbanken auch die Beschwerde vom Regierungspräsidenten an den übergeordneten Landwirtschaftsminister offen stehen.

§ 12. Sontag, Berliner Tageblatt, Handelszeitung Nr. 660, 662 vom 28. und 29. Dezember 1904: Die Beleihung von Warenhäusern durch Hypothekenbanken, interpretiert die im § 12 gebrauchten Begriffe „dauernder Ertrag" und „Ertrag, welchen ein Grundstück nachhaltig gewähren kann" und zieht daraus die Konsequenzen für die Beleihung von Warenhäusern durch Hypothekenbanken.

Sontag wendet sich zunächst gegen die, auch von einigen provinziellen Aufsichtsorganen vertretene, Ansicht, daß die Hypothek auf einem Warenhause überhaupt nicht als Pfandbriefunterlage verwendet werden dürfe. Diese Ansicht stützt sich auf Abs. 3 (Satz 2 und 3) des § 12, welcher die Hypotheken an Grundstücken, die einen dauernden Ertrag nicht gewähren, von der Verwendung zur Deckung von Hypothekenpfandbriefen ausschließt. Die Anwendung dieser Gesetzesbestimmung auf die Warenhäuser ist aber rechtsirrtümlich. Abs. 3 (Satz 2 und 3) des § 12 bezieht sich nur auf Grundstücke, die wie die dort aufgeführten Gruben und Brüche abgebaut werden können, also deshalb keinen „dauernden" Ertrag haben, weil das Material, welches den Ertrag des Grundstücks darstellt, sich einmal erschöpft. Der Gegensatz zu dauerndem Ertrag ist nicht „unterbrochener", sondern „endender" Ertrag, das heißt Ertrag, der, wenn er einmal aufgehört hat, nie wieder von neuem zu fließen beginnt.

Diese Auslegung wird aus der Entstehungsgeschichte des § 12 ausführlich begründet.

Da Warenhäuser nicht zu den Grundstücken mit endendem Ertrage gehören, fallen sie nicht unter Abs. 3 des § 12, es ist also die Ansicht unhaltbar, daß die Hypothek auf einem Warenhause überhaupt nicht zur Deckung von Pfandbriefen benutzt werden darf.

Ebenso beruhen die Ansichten auf solcher Rechtsauslegung, welche entweder die Hypothek nur soweit verwendet wissen wollen, als der Wert des Grund und Bodens reicht, oder die Verwendung soweit gestatten, als der Ertragswert reicht, den das Warenhaus als Geschäftshaus bei der Zerlegung in seine einzelnen Teile haben würde.

Beide Ansichten berufen sich auf § 12 Abs. 1 HypBankG., nach welchem bei der für die Beleihung maßgebenden Wertfeststellung nur „derjenige Ertrag zu berücksichtigen ist, welchen das Grundstück bei ordnungsmäßiger Wirtschaft jedem Besitzer nachhaltig gewähren kann," das sei aber nur der Ertrag, welchen das Grundstück unabhängig von seiner Benutzung als Warenhaus bringe. Hier werden die Worte „Ertrag, welchen das Grundstück bei ordnungsmäßiger Wirtschaft jedem Besitzer nachhaltig gewähren kann" falsch interpretiert.

Wenn der Ertrag „jedem Besitzer" zugänglich sein soll, so wollte der Gesetzgeber damit ausdrücken, daß individuelle Verhältnisse des jetzigen Besitzers, seine besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten, nicht berücksichtigt werden dürfen.

In subjektiver Beziehung hat also der Gesetzgeber eine Einschränkung der Beleihbarkeit angeordnet, in objektiver Beziehung hat er es nicht getan, das

heißt, aus der besonderen Beschaffenheit, Bebauungsart des Grundstücks hat er keine Einschränkung hergeleitet. Er hat nicht dem „jedem Besitzer" zugänglichen Ertrage gegenübergestellt den aus „jeder Vermietung" zu ziehenden Mietzins.

Die gegnerische Ansicht, welche mit dem, übrigens wirtschaftlichen und nicht juristischen Argument operiert, daß ein Warenhausgebäude bei einer Vermietung für andere Zwecke, als die eines Warenhauses, einen geringeren Mietzins bringen würde, bedeutete eine Rückkehr zu dem Prinzipe der „Beleihung des von der bestimmten Benutzungsart unabhängigen Wertes". Dieses Prinzip ist aber ausdrücklich vom Gesetzgeber gemißbilligt worden, wie aus der Entstehungsgeschichte des § 12 HypBankG. ausführlich dargetan wird. Aus dieser Entstehungsgeschichte ergibt sich zugleich, daß das Wort „nachhaltig" nicht etwa so zu interpretieren ist, daß unter nachhaltigem Ertrag ein Ertrag zu verstehen ist, welcher ununterbrochen dauert, bei welchem die Gefahr eines Ausfalls ausgeschlossen oder mindestens unwahrscheinlich ist. Damit würde gerade auf den Wert zurückgegangen, welcher von der jeweiligen Benutzungsart unabhängig ist. „Nachhaltig" ist vielmehr der Ertrag, welcher sich bei normalem Wirtschaftsleben ergibt. Der Gegensatz dazu ist vorübergehender Ertrag: Ertrag, der durch besondere Konjunkturen oder dergleichen hervorgerufen ist. Dieser darf nicht berücksichtigt werden.

Sontag gelangt zu dem Ergebnis, daß nach der Fassung der §§ 10—12 HypBankG. Warenhäuser bezüglich ihrer Beleihung und der Benutzung der gewährten Hypotheken als Pfandbriefunterlage nicht anders zu behandeln sind als sonstige Häuser, welche Wohn- und Geschäftsräume enthalten, das heißt, daß bei der Beleihung der Ertrag zu berücksichtigen ist, welchen sie bei ihrer Bewirtschaftung als Warenhäuser bringen.

§§ 25, 26. Hecht (bei Holtzendorff 1108) beantwortet die Frage — welche Pfandbriefe sind „ausgegebene" im Sinne der vorbezeichneten Paragraphen? — dahin: „Eine Ausgabe liegt vor, wenn der Aussteller das Papier, einem Dritten mit dem Versprechen weggibt, daß er die Leistung nach dem Papier ausführen wolle": Ausgegeben kann nur ein Pfandbrief werden, der sich nicht oder nicht mehr im Umlaufe befindet (Deutscher Ökonomist **00** 364). Die Frage, ob der Wiederverkauf zurückgekaufter Pfandbriefe „ausgeben" im Sinne des Gesetzes ist, ist zu verneinen. Da der Ankauf eines Pfandbriefs als solcher kein Einziehungsakt ist, so ist der Wiederverkauf keine neue Ausgabe, sondern es liegt nur der Verkauf eines Wertpapiers vor, das als solches erworben und wieder veräußert wird.

Göppert a. a. O. Note 2 zu § 27 sagt: Ausgegeben kann nur ein Pfandbrief werden, welcher sich noch nicht im Umlaufe befunden hat. Hat die Hyp.-Bank eigene Pfandbriefe erworben (§ 5 Abs. 2) und veräußert sie diese wieder, so liegt ein Ausgeben nicht vor.

Dies berichtigt Braun, JW. **00** 457, dahin: Es kann sich aber auch um Wiederveräußerung von Pfandbriefen handeln, welche die Bank unter Verminderung des Pfandbriefumlaufs zurückgekauft, also vom Pfandbriefkonto abgeschrieben hatte. Deren Wiederveräußerung muß — wenigstens im Sinne des § 37 — einer Neuausgabe gleichgeachtet werden.

§ 27. Hecht a. a. O.: Wenn ein Darlehn in Raten ausgezahlt wird, so wird in der Regel hierfür bei Auszahlung der ersten Rate die Provision des ganzen Darlehns in Abzug gebracht. Soweit aber das Darlehn noch nicht ausgezahlt werden kann, ist auch die Provision noch nicht in dem Sinne verdient, daß sie zur Verteilung kommen darf. Der noch nicht verdiente Teil der Provision hat dann unter den Passiven, unter Provisionsreserve, zu erscheinen, und dieser Betrag kommt für das Gewinn- und Verlustkonto des abgelaufenen Geschäftsjahrs nicht in Betracht. Ebenso Rehm § 199 V mit §§ 89 und 105; abweichend Simon 426.

§ 29. Rechtliche Natur der Rechte des Treuhänders.

Hecht 1091, Schultze 97 ff., Gunz 54 ff.: Ein vertragsmäßiges Auftragsverhältnis zwischen Aufsichtsbehörde und Treuhänder im Sinne des BGB. §§ 662—674 liegt nicht vor. Er ist weder Angestellter, Vertreter oder Beamter der Aufsichtsbehörde noch der Bank noch der Pfandbriefbesitzer. Seine Stellung wird am besten gekennzeichnet durch die Strafbestimmung des § 36 HypBankG. Er kann wegen Untreue bestraft werden gemäß § 266 StGB. Seine Rechte sind schuldrechtlicher Art. Er ist kraft seiner Bestellung durch obrigkeitlichen Akt Subjekt eigener, im Gesetze bestimmter, schuldrechtlicher Beziehungen im fremden Interesse.

Dagegen nimmt Göppert Note 1 zu § 29 an, daß der Treuhänder in einem vertragsmäßigen Verhältnisse zur Aufsichtsbehörde steht.

Die Stellung des Treuhänders als die eines Vertreters der Schuldverschreibungsgläubiger fassen auf: Hillig 78, Fuld 361, Könige § 1 Anm. 33, Braun, JW. **00** 457.

§ 30. Hecht bei Holtzendorff 1092: Der Treuhänder hat Hypotheken als Deckungshypotheken akzeptiert und buchen lassen, später aber entstehen ihm begründete Zweifel, ob die vorschriftsmäßige Deckung für die Pfandbriefe vorhanden sei: man wird ihm dann das Recht zugestehen müssen, weitere Deckung zu verlangen.

Deutscher Ökonomist **00** 195, Hecht 1092: Der Treuhänder hat nur das Deckungsverhältnis zwischen Pfandbriefen und Hypotheken zu überwachen. Er hat aber nicht zu überwachen, ob das Verhältnis des Pfandbriefumlaufs zum Aktienkapital gewahrt ist. Das letztere ist Sache der Staatsaufsicht.

§ 31. 1. Die Verwahrung durch den Treuhänder begründet nicht ein Pfandrecht zugunsten der Pfandbriefgläubiger. Schultze 99, Göppert Anm. 1 zu § 31, Gunz 36. Abweichend Merzbacher Anm. 1a zu § 31.

2. Hecht a. a. O. 1111: Fraglich ist, ob der Treuhänder solche Hypotheken herausgeben darf, bezüglich deren ihm der Nachweis erbracht wird, daß für sie keine Valuta gezahlt ist. Solche Hypotheken gehören dem Besteller als Eigentümerhypothek (§ 1163 BGB.). Der Hypothekenbrief ist Zubehör der Hypothek. Der Eigentümer kann sie von der Bank und dem Treuhänder vindizieren.

Eine freihändige Verwertung notleidender Hypotheken zu einem Minderpreise wird man für statthaft erklären müssen. Der Treuhänder darf nach eingetretener Liquidation behufs Ausführung solcher Geschäfte den Hypothekenbrief gegen Empfang des Minderpreises in Geld oder Wertpapieren aushändigen, wenn die Vertretung der Gläubiger die freihändige Veräußerung der Hypotheken genehmigt hat.

Ist der Rechtsweg gegen den Treuhänder zulässig, wenn er die Herausgabe verweigert? Ist der Anspruch öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich? Das Gesetz hat nur die Möglichkeit von Streitigkeiten zwischen der Bank und dem Treuhänder berücksichtigt und für diesen Fall den Rechtsweg ausgeschlossen. Es ist naheliegend, anzunehmen, daß dies auch Platz greife, wenn Streitigkeiten zwischen dem Treuhänder und Dritten entstehen.

Welche juristische Natur hat die Verpflichtung des Treuhänders, daß er Deckungsobjekte nur unter gewissen Modalitäten herausgeben darf? bzw. welche juristische Natur hat das Recht des Treuhänders, die Herausgabe von Deckungsobjekten zu verweigern?

Es ist ein eigenartiges Zurückbehaltungsrecht, wenn der Treuhänder Dokumente zum vorübergehenden Gebrauche herausgegeben hat, und sie kommen nicht zurück, besteht dann ein Vindikationsrecht? Offenbar nicht, wenn der Erwerber die Dokumente gutgläubigerweise erworben hat, und die Zession gesetzmäßig voll-

zogen wurde. Dieses eigenartige Zurückbehaltungsrecht hört mit dem Konkurs auf. An seine Stelle tritt das Vorzugsrecht im Konkurse.

§ 35. Bestritten ist, welche rechtliche Natur das Vorrecht der Schuldverschreibungsgläubiger im Konkurse der Hypothekenbank hat.

Nach Jäger, KO. Anm. 2 zu § 61 und Holdheims MSchr. **04** 4 ist das Privileg nicht ein eigenartiges Absonderungsrecht, sondern ein eigenartiges Vorrecht, „ein mit der Forderung für den Fall des Konkurses verbundenes Vorzugsrecht" im Sinne des § 401 II BGB. Der Unterschied zwischen Absonderungsrechten und Vorrechten äußert sich heutzutage namentlich darin, daß die Befriedigung der Absonderungsgläubiger unabhängig vom Konkursverfahren erfolgt. Nun steht aber fest, daß die Pfandbriefgläubiger nur kraft Anmeldung ihres „Vorrechts", nur innerhalb des Konkurses, nur unter der Beschränkung des § 63 KO. (besonders der Nr. 1: keine Zinsen während des Konkurses) zu der ihnen gebührenden Befriedigung gelangen. Sie kommen im Gegensatze zu Absonderungsberechtigten [§ 57 Anm. 12] erst nach den Massegläubigern und um so mehr erst nach Absonderungsberechtigten.

Im wesentlichen übereinstimmend Seuffert, BuschsZ. **27** 101 ff., Göppert, HypBankG. 73, Tobias a. a. O., Seidel, Holdheims MSchr. **02** 177, Stein § 6; abweichend Merzbacher, HypBankG. 94 Anm. 1, der den § 48 KO. anwenden will; Immerwahr, Holdheims MSchr. **00** 269 und Kohler, Leitfaden 111 f. Letzterer bezeichnet das Privileg als „uneigentliches Absonderungsrecht" und lehrt, abgesehen von den §§ 4 II, 63 KO. seien die Absonderungsgrundsätze maßgebend, was insbesondere auch bei Vollstreckung außerhalb des Konkurses in Betracht komme.

Allein, wo der Treuhänder die Pfändung der Pfandbriefdeckung dritten Personen nicht wehrt (§§ 805, 809, 766, 771 ZPO.) oder — wie bei Buchhypotheken — nicht wehren kann, besteht keineswegs ein Anspruch der Pfandbriefgläubiger auf Vorzugsbefriedigung aus dem Erlöse nach § 805 ZPO. Seidel, Hirths Ann. **02** 881.

§§ 41, 42. Hecht bei Holtzendorff 1110: Die Bilanzvorschriften der §§ 24, 27, 28 finden auch auf Kommunalobligationen, Kleinbahnobligationen und Rentenbriefe sinngemäße Anwendung, obwohl in den §§ 41, 42, 52 HypBankG. die erstgenannten Paragraphen nicht zitiert sind. Die eigenen „Schuldverschreibungen" sind neben den eigenen Pfandbriefen im § 24 Ziff. 4 genannt, und eine Einzelbestimmung, die in dem Geschäftsbericht oder in der Bilanz zu beachten ist, findet sich in dem auf Kleinbahnobligationen bezüglichen § 42. Immerhin dürfte es im Sinne des Gesetzes sein, daß der Gesamtbetrag rückständiger Kommunaldarlehnszinsen in der Jahresbilanz aufgeführt wird und daß der Gesamtbetrag der in Umlauf befindlichen Kommunalobligationen nach ihrem Nennwert angegeben wird. Abweichend Rehm § 189 und anscheinend Seidel 884.

§ 50. (S. §§ 24—28.) Disagio auf Hypothekenbankpfandbriefe. — ➻ Zu unterscheiden sind der Disagioverlust, welchen die Hypothekenbanken eventuell bei der Verausgabung von Pfandbriefen erleiden, und der Disagiogewinn, welchen sie beim Rückkaufe der Pfandbriefe erzielen. — Red. ⟻

1. Den Disagioverlust bespricht Rehm in seinen „Bilanzen" ungefähr dahin: Das positive Recht schreibt nicht als grundsätzlich vor, daß das Disagio als Aktivum in die Bilanz eingesetzt werden muß, sondern erklärt nur für zulässig, daß es in die Bilanz eingesetzt werde. Allein es ist verfehlt, hieraus den Schluß zu ziehen, die positive Gesetzgebung habe die eigentliche Natur des Disagios verkannt. Lediglich aus einem praktischen Grunde, um die Vermögenslage der Aktiengesellschaften bzw. der Hypothekenbanken möglichst sicher zu ge-

stalten, haben die positiven Gesetzgebungen die Vorschrift getroffen, daß das Disagio unter die Bilanzaktiva nicht aufgenommen werden muß, sondern nur aufgenommen werden kann. Insbesondere bei den Hypothekenbanken besteht eine dringende Notwendigkeit, die Abstoßung teuren Geldes mittels Pfandbriefkonvertierung nicht durch ein absolutes Verbot der Einsetzung des Disagios in die Bilanz zu erschweren. Solange der allgemeine Zinsfuß den Pfandbriefzinsfuß übersteigt, bringt es keine Härte für die Bank und keinen Nachteil für die Volkswirtschaft mit sich, wenn von den Hypothekenbanken gefordert wird, daß sie bei Ausgabe von Pfandbriefen jeweils sofort das ganze Disagio decken, anders dagegen, wenn der allgemeine Zinsfuß sinkt.

Angenommen, der allgemeine Zinsfuß geht von 3¾ auf 3¼ Prozent zurück. Der bisherige Pfandbriefzinsfuß war 3½ Prozent. Nun könnten 3 prozentige Pfandbriefe ausgegeben werden. Je billiger das Geld, desto konkurrenzfähiger das Institut, desto größer seine wirtschaftliche Solidität. Dies wirkt zurück auf den Pfandbriefzinsfuß.

Es würde von erheblichem Nachteil ebenso für die Vermögenslage des Unternehmens wie für die allgemeine Volkswirtschaft sein, wenn infolge des Umstandes, daß das bei der Pfandbriefemission entstehende Disagio sofort in seiner ganzen Höhe abzuschreiben wäre, die Bank davon abgehalten würde, Pfandbriefe mit niedrigerem Zinsfuße auszugeben. Und sie würde davon abgehalten werden, weil eine Pflicht, das ganze Disagio in einem Jahre abzuschreiben, leicht zu größeren Schwankungen in den Jahreserträgen, diese aber wieder zu schwankenden Aktienkursen und so zu der Gefahr führen würden, daß die Pfandbriefe des Instituts an Vertrauen einbüßen und daß sich auch für notwendig werdende Kapitalerhöhungen nicht die nötigen Aktionäre finden würden.

Das Hypothekenbankgesetz schreibt im § 25 genau vor, in welchem Zeitraum und wieviel jährlich von dem als Aktivum eingestellten Disagio abzuschreiben ist. Die Abschreibung hat in fünf Jahren, das Geschäftsjahr der Begebung eingerechnet, zu erfolgen und zwar in Höhe des ursprünglichen Betrags. Hypothekenzinsen für das Bilanzjahr sind die in dem Bilanzjahre verdienten Hypothekenzinsen, nicht die vereinnahmten, in früheren Jahren verdienten und die im Bilanzjahre fälligen und vereinnahmten Zinsen. Für die Zinsen kommen nur diejenigen Hypotheken in Betracht, welche als Pfandbriefdeckung in das Hypothekenregister eingetragen sind.

2. Über den Disagiogewinn schreibt a) *Hecht, Hypothekenbankrecht bei Holtzendorff: Zu den im Gesetze nicht geregelten und in der Praxis noch bestrittenen Bilanzierungsfragen gehört die, ob der sogenannte Disagiogewinn, den die Banken durch Rückkauf eigener Pfandbriefe erzielen, nach soliden Grundsätzen der Bilanzierung ausgeschüttet werden darf, oder wie er sonst zu behandeln ist? Dieser sogenannte Disagiogewinn wird zweckmäßig zur Deckung eines etwa vorhandenen Disagios verwendet, sofern solches nicht vorhanden ist, aber in Rücklage gestellt. Für die Regel ist der sogenannte Disagiogewinn das Ergebnis einer Tauschoperation niedrig verzinslicher Pfandbriefe gegen höher verzinsliche Pfandbriefe. Effektiver Gewinn ist er, wenn in gleichem Umfange Hypotheken im Zinsfuß erhöht worden sind. Anderenfalls ist er zur Aufbesserung des verminderten Zinsüberschusses (Hypothekenzinsen minus Pfandbriefzinsen) nötig.

Man hat diese Frage mißverständlich in einen zu engen Zusammenhang mit der anderen Frage gebracht, ob die Verbuchung der zurückgekauften eigenen Pfandbriefe auf Effektenkonto oder die Abschreibung dieser Pfandbriefe auf Pfandbriefkonto den Vorzug verdiene? — S. Erlaß des preußischen Landwirtschaftsministers vom 13. September 1900; s. auch Deutscher Ökonomist **00** 266, 267, 268, 305, 365 und **01** 22, 39; insbesondere auch Frankf. Zeitung,

Handelsblatt vom 18. Januar 1901: Bendixen, Disagiogewinn und eigene Obligationen in den Bilanzen der Hypothekenbanken.

Gegen diesen Erlaß polemisiert Hecht mit dem Bemerken, daß die Buchungsmethode, die darin empfohlen wird, in der Praxis nicht durchführbar ist. Stellt man die zurückgekauften Pfandbriefe in die Aktiva ein, so bleibt die betreffende Summe unter den Passiven als Umlauf bestehen. Alsdann wird bald diese Umlaufssumme bei größeren Rückkäufen die Summe der Deckungshypotheken erreichen, und damit ist jede Aktionsfähigkeit ausgeschlossen. Die Differenz zwischen Deckungshypotheken- und Pfandbriefumlauf ist die äußerste Grenze für die empfohlene Buchungsmethode.

Die Erörterung verbindet sich im übrigen mit der Interpretation des § 24 Ziff. 4 HypBankG.

Richtig interpretiert sagt der § 24 Ziff. 4, daß eine gesonderte Angabe des Betrags an eigenen Pfandbriefen und Schuldverschreibungen stattfinden soll, wenn solche Papiere in dem Gesamtbetrage der Wertpapiere enthalten sind.

Nach den richtigen Grundsätzen kaufmännischer Bilanzierung sollte man Nullwerte in die Bilanz nicht einstellen. Es fragt sich: welche Teile der eigenen Pfandbriefe und Schuldverschreibungen sind Nullwerte und welche nicht? Nullwerte sind:

α) solche eigenen Pfandbriefe und Schuldverschreibungen, die zwar seitens des Treuhänders bereits mit der Bescheinigung über das Vorhandensein der vorschriftsmäßigen Deckung und über die Eintragung in das Hypothekenregister versehen, aber noch nicht begeben, d. h. noch nicht in den Verkehr gelangt sind;

β) solche Pfandbriefe, die zwar von der Bank direkt oder indirekt durch ihre Vertriebsstellen in den Verkehr gebracht, aber wieder zurückgekauft worden sind.

Für die Regel muß also von dem Standpunkte der richtigen kaufmännischen Bilanzierung daran festgehalten werden: zurückgekaufte Pfandbriefe sind Nullwerte.

Man kann ferner nicht zulassen, zum mindesten nicht obrigkeitlich veranlassen, daß eine Hypothekenbank, je nachdem sie die eine oder andere Buchungsmethode anwendet, Beträge, die zu sehr bedeutender Höhe anwachsen können, zur stillen Reserve herausbildet. Es wird aber diese Veranlassung durch den Erlaß des preußischen Landwirtschaftsministers gegeben.

In Kommissionslager befindliche Pfandbriefe und Schuldverschreibungen stehen vollständig denjenigen gleich, die im Portefeuille des Vorstandes sich noch befinden.

Anders verhält es sich mit eigenen Pfandbriefen und Schuldverschreibungen, die von der Bank lombardiert worden sind.

Sie stehen den im Umlauf befindlichen Pfandbriefen gleich.

In ähnlichem Sinne äußert sich Tobias a. a. O. Er ist der Meinung, daß ein Agioverlust verschleiert werde, wenn jemand Pfandbriefe, welche zu einem Kurse über pari zurückgekauft sind, zu diesem Kurse in die Bilanz einstelle, so daß sich diese Konsequenz auch für die mit Disagio aufgenommenen Pfandbriefe nicht abweisen lasse.

Die Bilanz solle Auskunft geben über den gegenwärtigen Stand des Vermögens, die Möglichkeit aber oder selbst die Wahrscheinlichkeit, daß die ruhende Schuld wieder in Kraft trete, stehe dem nicht im Wege, daß gegenwärtig die Bank sich mit Erzielung eines Gewinnes von einer Verbindlichkeit befreit hat, dies aber müsse in der Bilanz zum Ausdrucke kommen.

b) Tobias fordert die Verpflichtung zur bilanzmäßigen Ausweisung des Disagiogewinns. Diese Verpflichtung ergebe sich übrigens auch indirekt aus dem § 25 HypBankG., nach welchem die Bank zur Deckung des Disagioverlustes ihren

Disagiogewinn zu verwenden habe. Dies setzt voraus, daß der Gewinn bilanzmäßig ausgewiesen werde.

Kaufmännisch vielleicht richtiger und an sich auf das rechnungsmäßige Gewinnergebnis ohne Einfluß würde es sein, wenn die angekauften Pfandbriefe zu pari unter den Aktiven Aufnahme fänden, und dafür der Pfandbriefumlauf in seiner vollen Höhe, statt mit dem Saldo, in die Bilanz eingestellt würde; dies verbiete sich aber wegen der aktienrechtlichen Bestimmungen über die Bewertung der Effekten.

Der gesetzlichen Vorschrift, daß die Bilanz den Bestand an eigenen Pfandbriefen angeben solle, werde dadurch Genüge geleistet, daß der anzugebende Gesamtbetrag der Pfandbriefe nur unter Abzug der eigenen Pfandbriefe mit dem Saldo auf der Passivseite zur Verrechnung gebracht werde.

In Ermangelung einer gesetzlichen Bestimmung müsse die Rückstellung, welche die ministerielle Verfügung zu erreichen suche, der Einsicht und dem guten Willen der Verwaltung überlassen bleiben; sie auf dem vom Ministerium vorgeschlagenen Wege zu erreichen suchen, heiße, sie durch eine Bilanzverschleierung erzwingen.

c) Gegen diese Ansichten polemisiert Immerwahr a. a. O. Er will die vom Aussteller vorübergehend zurückerworbenen eigenen Schuldverschreibungen als im Umlaufe befindlich betrachtet wissen und sie demgemäß wie alle andere Effekten behandeln. Sie seien also gemäß § 261 HGB. höchstens zu dem Börsenpreise des Zeitpunkts, für welchen die Bilanz aufgestellt wird, sofern dieser Preis jedoch den Anschaffungspreis übersteigt, höchstens zu letzterem anzusetzen.

Eine zeitweilig vom Aussteller zurückerworbene Inhaberschuldverschreibung verkörpere ein bestehendes, aber zeitweilig ruhendes Forderungsrecht. Sei daher die Schuldverschreibung ein Hypothekenpfandbrief, so verbriefe sie daneben ein Pfandrecht für eine bereits existente Forderung. Dieser Pfandbrief stelle also für jeden Besitzer, auch für den Aussteller, einen wirklichen Vermögenswert dar, und er sei deshalb als Aktivum in der Bilanz aufzuführen, während er umgekehrt in Höhe der verbrieften Verpflichtung auf der Passivseite zu erscheinen habe.

Praktische Wirkung für die Bilanz erlange erst die Entwertung des Pfandbriefs durch den Treuhänder, die gänzliche Herausziehung aus dem Verkehre, wobei es gleichgültig sei, ob er zunächst zu vorübergehenden oder dauernden Zwecken angekauft sei.

Das Reichshaftpflichtgesetz

vom 7. Juni 1871 in der Fassung des Art. 42 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Vorbemerkung: Die Rechtsprechung auf dem Gebiete des Haftpflichtrechts hat auch im Berichtsjahre zur Klärung mancher streitigen Frage beigetragen. Es sind hier neben den Entscheidungen, in denen das Reichsgericht seine bereits früher festgelegte Stellung über das Verhältnis des § 254 BGB. zum HaftpflG. (vgl. JDR. 2 Bem. Ziff. X Nr. 2 zu § 1 HaftpflG.) aufrechterhalten hat, namentlich die Erkenntnisse von Wichtigkeit, in denen die Anwendbarkeit des § 840 Abs. 3 BGB. auf die Fälle der Haftung aus § 1 HaftpflG. bejaht, die Anwendbarkeit des § 845 BGB. dagegen in jenen Fällen, in denen der Ersatzanspruch sich lediglich auf das HaftpflG. stützt, verneint wurde (vgl. Bem. I Nr. 1 u. 2 zu §§ 3 u. 3a). Mit dem erstgenannten Urteile wird man sich weniger befreunden können, während das andere wohl zweifellos zutreffend erscheint. Eine weitere wichtige Streitfrage ist durch das RG. dahin entschieden worden, daß durch den § 9 in der neuen Fassung nur weitergehende reichsgesetzliche, nicht auch weitergehende landesgesetzliche Bestimmungen

aufrechterhalten worden sind (vgl. Bem. 1 zu § 9 unten). Von besonderem Interesse endlich erscheint auch die Entscheidung, in welcher auch seit der Geltung des BGB. eine auf psychische Erregung zurückzuführende Schädigung der Gesundheit als Körperverletzung im Sinne des HaftpflG. anzusehen ist (vgl. Bem. Ziff. IV zu § 1). Übrigens sei auch hervorgehoben, daß des Zusammenhanges wegen auch schon gelegentlich Material aus dem Jahre 1905 herangezogen worden ist.

Literatur: Eger, Reichshaftpflichtgesetz, Textausgabe mit Anmerkungen, 1903 Nr. 70 der Guttentagschen Sammlung.

§ 1. I. Betriebsunfälle. S. § 254 BGB. Ziff. 10a: Straßenbahnunfälle.

1. **RG.** JW. **04** 484, EisenbE. **21** 178: Ausgleiten beim Gehen auf dem Mittelbahnsteig ist nicht ohne weiteres ein Unfall im Sinne des § 1 HaftpflG. Dies wäre nur dann der Fall, wenn ein zu dieser Zeit stattfindender oder als bevorstehend anzusehender Betriebsvorgang den Verletzten veranlaßt hätte, die beim Gehen gebotene Vorsicht außer acht zu lassen, wenn also z. B. für den Verletzten besondere Eile geboten gewesen wäre oder wenn das Ausgleiten beim Überschreiten des Eisenbahngleises, auf welchem Wagenbewegungen stattfanden oder nach der Meinung des Verletzten zu erwarten waren, erfolgt wäre. Dagegen haftet die Eisenbahn wegen des Ausgleitens auf dem Mittelbahnsteig aus dem Beförderungsvertrage, wenn ein Verschulden ihrer Leute, für welche sie gemäß § 278 BGB. einzustehen hat, z. B. durch Nichtstreuen von Sand, vorliegt, da die Eisenbahn durch den Beförderungsvertrag verpflichtet wird, den mit dem Zuge angekommenen Reisenden einen Ausgang zu gewähren, den sie ungefährdet passieren können.

2. OLG. Frankfurt, Z. d. V. d. EisVerw. **05** 309, **RG.** JW. **05** 185: Kein Betriebsunfall im Sinne des HaftpflG. liegt vor, wenn ein Reisender nach Verlassen des Zuges auf dem Bahnsteige dadurch zu Falle kommt, daß in dem mit kleinen Tonplatten belegten Bahnsteig eine 5—10 cm tiefe Öffnung entstanden war, indem sich eines der Plättchen gelockert hatte. Der Unfall würde nur dann mit dem Betriebe im Zusammenhange stehen, wenn großes Gedränge vorhanden gewesen oder für den Verletzten besondere Eile geboten gewesen wäre. Dagegen kommt in diesem Falle die Haftung der Eisenbahn auf Grund des Transportvertrags in Betracht, da die Eisenbahn auf Grund dieses Vertrags dem Reisenden einen ungefährdeten Ausgang aus dem Bahnhofe zu gewähren hat. Die Haftung auf Grund des Transportvertrags ist aber im vorliegenden Falle wegen mangelnden Verschuldens abgelehnt worden.

3. **RG.** EisenbE. **21** 32, 171; JW. **04** 406, R. **04** 480: Ist nicht aufgeklärt, auf welche Weise der Unfall sich ereignet hat, so ist der Betriebsunternehmer zum Schadensersatze gemäß § 1 HaftpflG. verpflichtet.

RG. JW. **04** 487, EisenbE. **21** 179: Das Herabstürzen eines Gesimsstücks von einem Bahnhofsgebäude steht nicht in ursächlichem Zusammenhange mit dem Betrieb und begründet daher nicht die Haftung auf Grund des HaftpflG.

5. a) **RG.** **56** 265, EisenbE. **20** 334: Wenn durch einen zum Zwecke der Fortbewegung eines Straßenbahnwagens elektrisch geladenen Draht ein Mensch getötet oder verletzt wird, so ist der Unfall als beim Betriebe der Straßenbahn geschehen anzusehen und zwar auch dann, wenn er sich zu einer Zeit ereignete, wo der Wagenverkehr auf der Bahn ruhte und Ausbesserungen an der oberirdischen Drahtleitung vorgenommen wurden, wobei ein herabfallender Draht die Verletzung verursachte. Der Fall ist gleich zu beurteilen mit dem, wenn die Verletzung herbeigeführt wird durch die Explosion des Dampfkessels einer Lokomotive, die zur Zeit der Explosion nicht als Beförderungsmittel diente, vielmehr nur geheizt war, um für den Fall eines Bedürfnisses bereit zu stehen, oder die zur Beförderung gebraucht war, deren Verwendung aber bereits beendet war.

b) **RG.** R. **05** 200: Ein Betriebsunfall liegt auch dann vor, wenn von einem Maste einer elektrischen Straßenbahn, an dem Drähte befestigt sind, die nur dekorativen Zwecken dienende Bekrönung infolge der Schwingung der Drähte herabstürzt und einen die Straße begehenden Menschen verletzt.

c) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 375: Unfall beim Betriebe liegt vor, wenn ein Passagier dadurch verletzt wird, daß ein Mitpassagier aus dem Fenster des Eisenbahnwagens einen Stock hält oder wirft, der Stock an irgendeinem Gegenstande des Eisenbahnterrains anstößt und zurückgeschleudert wird und dadurch die Verletzung des am Fenster sitzenden Passagiers herbeiführt.

6. OLG. Colmar, R. **04** 287, EisenbE. **20** 356: Die Eisenbahn wird durch die Einhaltung der Sicherheitsvorschriften der Bahnordnung von der Haftpflicht nicht befreit, sie hat vielmehr auch darüber hinaus die dem Bedürfnisse entsprechenden Sicherheitsvorkehrungen zu treffen.

7. **RG.** JW. **05** 112: Als ein Unfall beim Betriebe ist es anzusehen, wenn ein Reisender aus einem Zuge, der vor dem Einfahrtsignal der Station hält, aussteigt und dann, seinen Irrtum erkennend, wegen inzwischen erfolgter Ingangsetzung des Zuges nicht mehr imstande, wieder einzusteigen, seitlich zurücktritt, um nicht von den Laufbrettern des Zuges erfaßt zu werden, und beim Zurücktreten einen dort befindlichen steilen Abhang hinunterstürzt. In dem vorzeitigen Aussteigen ist aber mitwirkendes Verschulden des Reisenden zu erblicken.

8. **RG.** JW. **05** 160: Der Wagenführer einer Straßenbahn hatte in der Dunkelheit einem anderen, zur freien Mitfahrt berechtigten Bahnangestellten, der den Wagen besteigen wollte, den er aber in der Dunkelheit nicht erkannt hatte und für einen unberechtigterweise mitfahrenden Dritten hielt, die zum Anlegen der Weichen dienende Eisenstange entgegengehalten, um ihn dadurch am Besteigen des Wagens zu verhindern. Dadurch kam der Angestellte zu Falle, sei es, daß ihn der Wagenführer absichtlich zurückstieß, oder daß der Angestellte gegen die vorgehaltene Stange anprallte. Die Unfallversicherungsinstanzen haben einen Unfall im Sinne des GewUVG. verneint. RG. hat diese Entscheidung für die Gerichte als bindend erklärt, aber Unfall im Sinne des HaftpflG. angenommen. Denn mag auch das für den Unfall kausal gewordene Ereignis, die Handlung des Wagenführers, nicht dem Bahnbetrieb im engsten Sinne angehört haben, so ist doch § 1 HaftpflG. gegeben. Ist der Unfall die Folge einer durch den Eisenbahntransport bedingten Tätigkeit und ist diese Tätigkeit mit den dem Eisenbahnbetrieb eigentümlichen Gefahren verbunden (**RG. 50** 93), so kommt es nicht darauf an, ob ein derartiger Unfall sich nur im Eisenbahnbetrieb oder in ähnlicher Weise auch einmal bei einem anderen Transportgewerbe ereignen kann.

9. **RG. 58** 355, JW. **04** 468: Die Haftung des Eisenbahnunternehmers ist als solche aus einer unerlaubten Handlung im Sinne des § 840 BGB. anzusehen; § 840 Abs. 3 findet daher auch auf das Haftpflichtrecht Anwendung. Vgl. auch JDR. **2** Bem. 8 zu § 1 Ziff. I HaftpflG.; vgl. dagegen hinsichtlich des § 845 BGB. Bem. I Nr. 2 zu § 3 u. 3a.

II. Kausalzusammenhang. Vgl. BGB. § 249 Ziff. 4, 5.

1. OLG. Hamburg, DJZ. **04** 752, EisenbE. **21** 10: Die durch Schreck erfolgte Erkrankung mit Todesfolge eines Bahnwärters, der bei dem Zusammenstoß eines Eisenbahnzugs mit einem Straßenfuhrwerke zugegen war, aber in keiner Weise aktiv geworden oder dabei berührt war, steht nicht in ursächlichem Zusammenhange mit dem Unfalle beim Betriebe.

2. **RG.** DJZ. **04** 865, R. **04** 481, EisenbE. **21** 166: § 287 ZPO. räumt dem Richter freies Ermessen hinsichtlich der Frage des Kausalzusammenhanges zwischen Schaden und Verschulden ein. Der Richter soll nicht daran gebunden sein, den Kausalzusammenhang nur dann anzunehmen, wenn der Schaden die not=

wendige, jede andere Möglichkeit ausschließende Folge des Verschuldens ist (**RG. 10** 66). Die Freiheit des Ermessens in der Annahme des Kausalzusammenhanges begründet aber auch nach der anderen Seite keinen Vermutungszwang für die Annahme desselben.

3. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **05** 13, R. **05** 164: Der Kausalzusammenhang ist nicht dadurch bedingt, daß der eingetretene Unfall die unmittelbare und notwendige Folge der in Betracht kommenden Handlung oder Unterlassung ist. Es genügt, wenn der eingetretene Unfall die wirkliche, wenn auch erst durch Hinzutritt anderer Umstände ermittelte Folge der Handlung oder Unterlassung ist.

III. Eisenbahn.

*Keyßner, R. **04** 3: Eisenbahnen sind Gleisbahnen auf Eisenschienen, wobei der Stoff Eisen nicht durchaus zwingend sein dürfte; jedenfalls ist die Bewegungskraft gleichgültig, ob Dampf, Pferde, Elektrizität, im Gegensatze zum preuß. Gesetz vom 3. 11. 1838. Soweit hier reichsgesetzlich geregelt, sind landesgesetzliche Vorschriften ausgeschlossen; vgl. EGBGB. Artt. 3, 105.

IV. Körperverletzung.

RG. JW. **04** 562, EisenbE. **21** 183 (vgl. JDR. **2** Bem. IV zu § 1 HaftpflG.): Eine nur auf psychische Erregung zurückzuführende Schädigung der Gesundheit (Nervenerschütterung) ist auch nach dem BGB. als eine Körperverletzung im Sinne des HaftpflG. anzusehen. Die in ihren rechtlichen Folgen bedeutungslose Unterscheidung des BGB. zwischen Körperverletzung und Gesundheitsschädigung ist nicht auf das HaftpflG. zu übertragen.

V. Höhere Gewalt.

1. **RG. 58** 335, JW. **04** 468, DJZ. **04** 815, EisenbE. **21** 177: Höhere Gewalt ist ausgeschlossen, wenn das als solche sich darstellende Ereignis nicht allein den Unfall verursacht hat, die schädlichen Folgen vielmehr erst durch das Hinzutreten der dem Bahnbetrieb eigentümlichen Gefahr veranlaßt wurden.

2. **RG.** JW. **04** 183, R. **04** 228, EisenbE. **20** 346 (vgl. JDR. **2** Bem. Ziff. VIII Nr. 2 zu § 1 HaftpflG.): Das Überfahrenwerden unmündiger Kinder durch die Straßenbahn ist keine höhere Gewalt. Letztere setzt ein von außen — von außerhalb des Betriebs — in den Betrieb eingreifendes unwiderstehliches Ereignis voraus. Daher können solche Unfälle nicht als höhere Gewalt angesehen werden, welche in der gefährdenden Natur des Unternehmens selbst ihren Grund haben. Zu solchen Ereignissen, welche durch die Natur des Betriebs einer Straßenbahn von selbst gegeben sind, gehören aber die Fälle des Überfahrenwerdens unmündiger Kinder.

3. **RG.** Gruchots Beitr. **49** 106: Zu den von dem Eisenbahnunternehmer zu tragenden Gefahren gehört auch die Beschädigung des von einem anderen Kinde unter den fahrenden Zug gestoßenen Kindes. Hierin liegt also nicht höhere Gewalt.

4. **RG.** JW. **05** 57, EisenbE. **21** 59, R. **05** 139: Keine höhere Gewalt liegt vor, wenn ein unter 7 Jahre altes Kind von einem Gehwege plötzlich auf die unmittelbar am Rande des Gehweges hinziehende Fahrbahn der Straßenbahn herabtritt und von einem daherfahrenden Zuge überfahren wird.

5. **RG.** JW. **04** 577, Ztg. d. Ver. D. EV. **05** 466: Höhere Gewalt liegt nicht ohne weiteres in der Vornahme einer verbrecherischen Handlung seitens eines Dritten (Rollen einer schweren Straßenwalze auf ein Eisenbahngleis, wodurch eine Entgleisung verursacht wird). Der Unternehmer muß dartun, daß dem Eintritt und den Folgen des außerhalb des Betriebs von außen in denselben eingreifenden Ereignisses auch durch Anwendung äußerster Vorsicht nicht hätte vorgebeugt werden können. Wird von dem Verletzten dargetan, daß durch die An=

wendung äußerster Vorsicht innerhalb der Grenzen wirtschaftlicher Existenzmöglichkeit Unfälle der fraglichen Art vermieden oder unschädlich gemacht werden können, so hat der Unternehmer zu beweisen, daß in dem besonderen Falle auch die Maßregel äußerster Vorsicht versagt hätte. Dieser Beweis wird ihm z. B. gelingen, wenn plötzlich eine Bombe gegen einen Zug geschleudert wird. In dem vorliegenden Falle hätte aber die verbrecherische Handlung (Rollen der Straßenwalze auf die Schienen) durch Vorsichtsmaßregeln, die die Existenzbedingungen des Unternehmers nicht in Frage gestellt hätten, verhindert werden können.

6. Dronke, Zur Frage der Schadenshaftung des Eisenbahnunternehmers für die schädlichen Folgen von Naturereignissen, EisenbE. **20** 265: Beruht ein eingetretener Schaden nach der tatsächlichen Gestaltung des Einzelfalls auf dem Zusammenwirken eines Naturereignisses und einer Betriebsgefahr, so ist als die rechtlich erhebliche Ursache des Schadens die Betriebsgefahr anzusehen. Die Eisenbahn ist daher haftbar, auch wenn das Naturereignis und die aus ihm allein entspringenden Folgen mit den vernünftigerweise zu verlangenden Sicherungsmaßregeln nicht abzuwenden waren. Vgl. auch Ziff. 1.

VI. Eigenes Verschulden. S. hierzu IDR. **1**, **2** u. **3** BGB. § 254.

1. **RG.** IW. **05** 112: In dem vorzeitigen Aussteigen aus einem vor dem Einfahrtssignal der Station anhaltenden Zuge kann mitwirkendes eigenes Verschulden des Verletzten liegen.

2. **RG.** IW. **04** 356, Gruchots Beitr. **48** 871, 822; ferner **RG.** IW. **05** 170, 171 (vgl. auch IDR. **2** Bem. Ziff. IX Nr. 2 zu § 1 HaftpflG.): Ein Verschulden des Verletzten, der sich einem scheugewordenen Tiere entgegenstellt und dabei von demselben verletzt wird, ist dann nicht gegeben, wenn dieses Eingreifen in Erfüllung einer rechtlichen oder sittlichen Pflicht zum Schutze anderer oder zur Abwendung einer gemeinen Gefahr erfolgte, sofern nicht der Verletzte dabei gänzlich ungeeignete Mittel ergriffen und ohne die im Verkehre gebotene Sorgfalt und Vorsicht seinerseits gehandelt hat.

3. a) OLG. Dresden, SächsA. **14** 126, EisenbE. **20** 226: Eigenes Verschulden ist nicht gegeben, wenn der Fahrgast einer Straßenbahn bei Inbrandgeraten des Motorwagens aus Schreck in ungeeigneter Weise vom Wagen abspringt und sich hierdurch verletzt.

b) **RG.** Gruchots Beitr. **47** 1026: In der Benutzung eines Platzes in einem Straßenbahnwagen, hinsichtlich welchen Platzes sich der Anschlag befindet: „Dieser Platz bleibt frei", liegt noch kein Verschulden, wenn aus dem Inhalte des Anschlags nicht hervorgeht, daß der Anlaß des Verbots die besondere Gefährlichkeit des Platzes war und wenn überdies die Benutzung dieses Platzes durch die Fahrgäste von dem Bahnpersonal ständig geduldet wurde.

4. **RG.** EisenbE. **20** 233: Kein Verschulden des Straßenbahnwagenführers liegt vor, wenn er die Möglichkeit, daß ein Passant beim Überschreiten des Gleises einen Fehltritt machen und dadurch unter den Straßenbahnwagen kommen könne, unberücksichtigt läßt und den Wagen nicht zum Halten bringt; er darf vielmehr davon ausgehen, daß die zwischen den Geleisen oder in deren unmittelbarer Nähe sich bewegenden Personen dem Vorgange des Bahnverkehrs die gebotene Aufmerksamkeit widmen und dementsprechend ihr Verhalten einrichten werden.

5. **RG.** IW. **05** 119: Wenn üblicherweise von den Motorwagen auf der fraglichen Strecke Glockenzeichen gegeben wurden, so ist der Schluß nicht unberechtigt, daß der Verletzte darauf habe vertrauen dürfen, er würde rechtzeitig durch ein solches, auch beim herrschenden Straßenlärm vernehmbares Läuten gewarnt werden und könne, solange ein Glockensignal noch nicht vernehmbar war, ungefährdet sich in der Nähe des Gleises bewegen. In einem solchen Verhalten liegt daher kein eigenes, die Haftpflicht ausschließendes Verschulden.

6. **RG.** Z. d. Ver. D. EisVerw. **04** 1499: Wenn ein Handwerker, um einen ihm entfallenen Gegenstand aufzuheben, auf dem Bahndamme sich bückt, ohne vorher sich umzusehen, ob nicht ein Zug kommt, so ist das ein Verhalten, das in hohem Maße sorglos und unbesonnen ist. Wenn er daher dabei von einem herannahenden Zuge überfahren wird, so hat er hauptsächlich den Unfall selbst verschuldet. Immerhin kann ihm aber der Augenblickstrieb, den ihm entfallenen Gegenstand aufzuheben, zur Entschuldigung dienen, so daß gemäß § 254 BGB. ein Drittel des Schadens dem Betriebsunternehmer und zwei Drittel dem Verletzten selbst aufzubürden angezeigt ist.

7. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 874 (vgl. auch Ziff. VII Nr. 5): Wer hinter einem Motorwagen weg nach dem Nachbargleise geht und dieses betritt, ohne sich vorher durch Umsehen überzeugt zu haben, daß auf dem zu betretenden Gleise nicht ein Wagen heranfährt, handelt fahrlässig. Andererseits handelt der Führer eines Straßenbahnwagens fahrlässig, wenn er, jemanden in unmittelbar drohender Gefahr vor dem Wagen sehend, nicht sofort Anstalten zum Halten macht, sondern erst dem Gefährdeten zuruft und die Wirkung des Zurufs abwartet, so daß es zum Halten zu spät ist. S. a. BGB. § 254 Ziff. 10 a Abs. 8.

8. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 877: Die Nichtkenntnis der bahnpolizeilichen Vorschriften, die das Betreten des Bahnplanums ohne besondere Erlaubniskarte untersagen, oder eine falsche Auffassung dieser Vorschriften kann den Verletzten nicht entlasten. Denn die Kenntnis der bahnpolizeilichen Vorschriften muß ein jeder, den sie angehen, sich aneignen. Wenn aber die Vorschriften in der Praxis durch die Organe der Eisenbahnverwaltung selbst nicht gehandhabt wurden und dem Verletzten bisher stets die Betretung des Bahnplanums ohne besondere Erlaubniskarte von den Bahnsteigschaffnern gestattet wurde, dann muß der Verletzte als entschuldigt gelten, auch wenn er an dem Unfallstag ohne Erlaubnis die Bahn betreten hat. S. a. BGB. § 254 Ziff. 10 a Abs. 13.

9. a) **RG.** JW. **04** 356: Nach § 276 BGB. geben die Anforderungen des Verkehrs den Maßstab, nach dem zu entscheiden ist, welches Maß von Umsicht und Sorgfalt zur Verhütung eines Schadens aufgewendet werden mußte. In dieser Vorschrift ist eine zweifache Beschränkung des Begriffs der Fahrlässigkeit enthalten. Einmal ist es danach zulässig, Gefahren zu dulden, die der Verkehr unabweislich mit sich bringt. Sodann liegt im § 276 BGB. ausgesprochen, daß die durch einen gesunden und normalen Verkehr gewonnenen Erfahrungen dem einzelnen die Grundlage geben dürfen für sein Urteil über die Gefährlichkeit oder Unzulässigkeit seines Verfahrens. Der bisher geübte Gebrauch darf sich nur nicht in Wirklichkeit als Mißbrauch herausstellen. S. a. zu § 276 BGB. Ziff. 3 e α.

b) **RG.** R. **05** 193: Das Verhalten des Beschädigten ist nicht bloß nach dem, was sich hinterher bei kühler Überlegung der wirklichen Sachlage als das Richtige ergibt, sondern vom Standpunkte der zur Zeit des Unfalls gegebenen Situation des Beschädigten und seiner Auffassung hiervon zu beurteilen.

10. **RG.** JW. **04** 357: Der Maßstab für die Sorgfalt, deren Vernachlässigung Fahrlässigkeit bedeutet, ist nach der Begriffsbestimmung des § 276 BGB. an sich ein objektiver (abstrakter). Das Maß der Sorgfalt ist hier genommen von dem durch den Verkehr bedingten Verhalten der Allgemeinheit; gefordert wird diejenige Sorgfalt, welche im gesunden normalen Verkehr allgemein für erforderlich und genügend gehalten wird. Grundsätzlich entscheiden also objektive Gesichtspunkte, nicht etwa die geistige Beschaffenheit oder die Charakteranlage der einzelnen in Frage stehenden Person. Allein keineswegs ist durch diesen Maßstab die Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des Einzelfalls ausgeschlossen. Der Verkehr, welcher die Menschen miteinander in Berührung bringt, ist ein sehr vielgestaltiger und verschiedenartiger. Unter dem Verkehr im Sinne des § 276

BGB. hat man daher den Verkehr zu verstehen, welcher bei den fraglichen Verhältnissen in Betracht kommt, und anzuwenden ist, diejenige Sorgfalt, welche von einem normalen Menschen in einem Verhältnisse der vorliegenden Art erfordert wird. S. a. § 276 BGB. Ziff. 3 e β.

11. **RG.** Z. f. Rechtspfl. in Bayern **05** 154: In der Aufstellung des Erfordernisses der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt liegt auch eine Beschränkung zugunsten dessen, von dem die Sorgfalt erfordert wird. Es soll nicht mehr von ihm gefordert werden, als was nach allgemeinen Verkehrsanschauungen von einem verständigen vorsichtigen Manne verlangt zu werden pflegt. Wenn Einrichtungen, die bei ordnungsmäßiger Behandlung nichts Gefährdendes an sich haben, unbeanstandet von Polizei und Publikum bestehen, so darf man ohne besonderen Anlaß ihre Belassung nicht schon deshalb als eine Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erachten, weil die Einrichtung bei nicht ordnungsmäßiger Behandlung jemanden gefährden könnte.

12. **RG.** JW. **05** 229: Ob der Verletzte die erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen hat, obwohl er zu ihrer Betätigung imstande war, oder ob er dieselbe nicht angewendet hat, weil er durch freiwillige Versetzung in den Zustand der Trunkenheit sie zu betätigen sich außerstande gesetzt hatte, ist gleichgültig. In der Versetzung in Trunkenheit liegt letzterenfalls die schuldhafte Handlung.

13. Pfizer, DJZ. **04** 711, wendet sich gegen den Satz des **RG.** (**54** 410), daß Kinder und Geisteskranke, weil sie für den Schaden nicht verantwortlich sind, den sie anderen durch ihr Verhalten zufügen, auch den Schaden nicht als einen von ihnen verschuldeten zu tragen haben sollen, den sie selbst durch ihr eigenes Verhalten erleiden. Ein Geschäftsunfähiger (Geisteskranker, Kind unter 7 Jahren) könne sowohl vorsätzlich als fahrlässig (im Sinne des § 276 Satz 2 BGB.) handeln, das Gesetz versage nur mit Rücksicht auf die geistige Unreife und den geistigen Defekt der betreffenden Person ihren Willenserklärungen die rechtliche Gültigkeit und spreche ihr die Verantwortlichkeit für die Folgen ihrer unerlaubten Handlung im Sinne der §§ 823 ff. BGB. ab. Soweit aber bei der Verletzung oder Schädigung einer Person deren „eigenes Verschulden" in Betracht komme, räume das BGB. der Geschäfts- und Deliktsunfähigkeit des Verletzten keinen Einfluß ein, vielmehr habe, wenn ein Geschäftsunfähiger die eigene Schädigung vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt habe, dies die gleichen rechtlichen Folgen, wie wenn es seitens einer geschäftsfähigen Person geschehen ist. Vgl. JDR. **2** Ziff. IX, 12 zu § 1 HaftpflG. S. a. zu § 254 BGB. Ziff. 3 a.

VII. Verhältnis des § 254 BGB. zum HaftpflG.

1. Vgl. hierüber JDR. **2** Note 10 zu § 254 BGB. und Ziff. X zu § 1 HaftpflG. u. JDR. **3** Ziff. 8 zu § 254 BGB.

2. **RG.** (19. 10. 03) **53** 75, EisenbE. **20** 256, SeuffBl. **04** 310: § 254 BGB. gilt auch für die Haftpflicht. Vom rechtlichen Gesichtspunkt des § 1 HaftpflG. wie des § 254 BGB. kann überhaupt nicht davon gesprochen werden, daß ein Unfall, der „beim Betrieb" einer Eisenbahn sich ereignet und die Verletzung einer Person zur Folge gehabt hat, allein auf das Verschulden des Beschädigten als Ursache zurückzuführen wäre. Denn „bei dem Betriebe" einer Eisenbahn ist eine Verletzung nur erfolgt, wenn sie auf den Betrieb als Ursache hinweist (**RG.** **27** 31, **50** 92). Daraus ergibt sich, daß ein eigenes Verschulden des Verletzten nur als mitwirkende Ursache in Betracht kommen kann, niemals als alleinige. Ebenso **RG.** (9. 11. 03) EisenbE. **20** 263 und **RG.** (3. 12. 03) **56** 265, EisenbE. **20** 332.

3. **RG.** (1. 12. 04) JW. **05** 77: Das Verschulden des Verletzten kann, wenn die Verletzung „beim Betrieb" einer Eisenbahn erfolgt ist, immer nur als mitwirkende Ursache in Betracht kommen. Dennoch kann die Schadensersatz-

pflicht des Unternehmers wegen des Verschuldens des Verletzten auch völlig ausgeschlossen sein, wenn es die überwiegende Ursache gewesen ist, nur schließt eben nicht jedes eigene Verschulden die Haftpflicht aus.

4. a) **RG.** (2. 11. 03) SeuffA. **59** 224, EisenbE. **21** 14: § 254 BGB. lautet so allgemein, daß er, wie das RG. schon öfter ausgesprochen hat, auch die Fälle des § 1 HaftpflG. mit umfaßt. Daher kann es, auch wenn auf seiten des beklagten Eisenbahnunternehmers nur die allgemeine Betriebsgefahr seines Unternehmens und ein Verschulden nur auf Seite des Klägers in Betracht kommt, doch nicht mehr schlechthin sein Bewenden dabei behalten, daß der verklagte Eisenbahnunternehmer von jeder Haftung ganz frei bleibt, sondern es ist nach Maßgabe aller Umstände des Falles zu erwägen, ob er nicht wenigstens zum Ersatz eines Teiles des dem Kläger entstandenen Schadens anzuhalten ist, wobei insbesondere auch das Maß des dem Kläger zur Last fallenden Verschuldens von Bedeutung sein wird.

b) **RG.** 3. d. V. D. EV. **05** 451, JW. **05** 229: Im § 12 der Bahnordnung für die Nebeneisenbahnen Deutschlands ist bestimmt, daß, sofern bei einer Bahnstrecke unbewachte Wegübergänge vorkommen, die die Strecke befahrenden Lokomotiven mit einer Vorrichtung zum Läuten auszurüsten sind. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hat im vorliegenden Falle das Läutewerk seinen Zweck, die Passanten zu warnen, nicht erfüllen können, da es — ebenso wie das durch den Zug selbst verursachte Geräusch — wegen des herrschenden starken Sturmes selbst in geringer Entfernung nicht zu hören war. Dieser Umstand läßt das Verschulden der Klägerin in milderem Lichte erscheinen, wie er auch geeignet war, die mit dem Betrieb an und für sich verbundene Gefahr zu steigern. Hiernach ist eine Teilung des durch den Unfall entstandenen Schadens geboten.

c) **RG.** DJZ. **04** 459: Im städtischen Straßenverkehre darf der einzelne seine Gedanken durch ein gewöhnliches Gespräch mit einem anderen und durch die Absicht, auf die andere Seite der Straße zu gelangen, nicht so fesseln lassen, daß er die aus der Überquerung der Straße entspringende Gefahr gänzlich außer acht läßt. Ein Seitwärtssehen ist auch ohne Abbrechen des bisherigen Gedankenganges möglich. Andererseits ist die große Nähe des Gleises an dem Bürgersteige sowie der Umstand, daß der Straßenbahnwagenführer nicht häufiger Glockenzeichen gegeben hat, ein Gefahrmoment, das gegen das vorliegende eigene Verschulden des Verletzten nach § 254 BGB. abgewogen zur Teilung des Schadens nach Hälften führt. S. a. § 254 BGB. Ziff. 10 a Abs. 9.

5. **RG.** JW. **04** 287, EisenbE. **21** 66, Gruchots Beitr. **48** 874: Bei konkurrierendem Verschulden das fahrlässig das Straßenbahngleise Betretenden sowie das nicht sofort bremsenden Wagenführers findet § 254 BGB. Anwendung. Im vorliegenden Falle Teilung des Schadens zu $^1/_3$ zu Lasten der Straßenbahn und zu $^2/_3$ zu Lasten des Verletzten. S. a. § 254 BGB. Ziff. 10 a Abs. 8.

6. **RG.** JW. **05** 201: Von dem Verletzten muß verlangt werden, daß er, soweit er dazu imstande ist, zur Heilung oder Besserung seiner Krankheit die nach dem jetzigen Stande der medizinischen Wissenschaft sich darbietenden Mittel zur Anwendung bringt und es muß hierbei wenigstens als Regel gelten, daß der Verletzte in solchem Falle nicht anders handeln darf, als es bei gleicher Gesundheitsstörung ein verständiger Mensch tun würde, der nicht in der Lage ist, die Vermögensnachteile, die ihm bei Fortdauer der Krankheit erwachsen, auf einen anderen abzuwälzen. Unterläßt der Verletzte, dies zu tun, so ist hierin ein Verschulden im Sinne des § 254 Abs. 2 BGB. zu finden. Hinsichtlich der Beweislast gilt in solchem Falle der Grundsatz, daß es ausreichend ist, wenn derjenige, welcher für die Folgen eines von einem anderen erlittenen Unfalls aufzukommen

hat, dartut, daß es ein Mittel gegeben hat, welches nach den Ergebnissen der medizinischen Wissenschaft eine Heilung oder doch eine wesentliche Besserung der in Rede stehenden Krankheit herbeizuführen geeignet ist, daß dieses Mittel dem Verletzten auch bekannt gewesen und daß seine Anwendung ihm möglich gewesen ist. Sache des Verletzten ist es dann, die Gründe darzutun, die ihn von der Anwendung des Mittels abgehalten haben. S. a. JDR. **2** BGB. § 254 Ziff. 8. —

7. a) Schierlinger, SeuffBl. **05** 109 ff. schließt sich der Auffassung des RG. über das Verhältnis des § 254 BGB. zu § 1 HaftpflG. an und erörtert die Ergebnisse der reichsgerichtlichen Rechtsprechung für die Anwendung des § 254 überhaupt, und die Modifikationen, welche §§ 1 und 2 HaftpflG. durch § 254 erlitten haben, im besonderen. Er kommt dabei zu folgendem Ergebnisse: Beim Zusammentreffen der von beiden Parteien, und zwar von der beschädigten (bei § 2 HaftpflG., § 823 BGB., § 120a GewO. auch seitens des Unternehmers und seiner Vertreter) in schuldhafter Weise, gesetzten Unfallsursachen und beim Mangel stärkeren Überwiegens der einen Ursache soll regelmäßig das Ob des Schadensersatzanspruchs von der Abwägung der beiderseitigen Verursachung, der Umfang dieses Anspruchs von der Abwägung des beiderseitigen Verschuldens — bei § 1 HaftpflG. muß hier zumeist auch auf der Bahnseite ein Verschulden festgestellt sein — abhängen.

b) v. Königslöw, Die Unzulässigkeit der Schadensteilung gemäß § 254 BGB. in den Fällen des § 1 HaftpflG. (Berlin 1905), wendet sich, in Übereinstimmung mit der in der Literatur fast einstimmig vertretenen Ansicht, gegen die Annahme des RG., daß § 254 BGB. auch auf die Fälle des HaftpflG. Anwendung finde, und sucht dies aus den Materialien, insbesondere den Verhandlungen der Kommission der II. Lesung des BGB. zu Art. 42 EG. (Protokoll VI 591 ff.) und den Motiven zu Art. 32 l. c. nachzuweisen.

§§ 3, 3a. I. Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruchs.

1. **RG. 57** 52, JW. **04** 174, R. **04** 222, EisenbE. **21** 36, Arch. f. Eisenbw. **04** 1210: Im HaftpflG. in der Fassung des Art. 42 EGBGB. ist der Umfang der Haftung selbständig und erschöpfend geregelt. Deshalb ist in Haftpflichtfällen, d. h. wenn sich der Ersatzanspruch lediglich auf die gesetzliche Haftpflicht des Eisenbahnunternehmers auf Grund des HaftpflG. stützt, die Anwendbarkeit des § 845 BGB. ausgeschlossen.

2. **RG. 53** 114, EisenbE. **20** 24: Die Bestimmung im § 840 Abs. 3 BGB. findet auch auf die Haftung des Eisenbahnunternehmers aus § 1 HaftpflG. Anwendung. Im Sinne dieser Bestimmung ist die Haftung aus dem HaftpflG. als Haftung aus einer unerlaubten Handlung anzusehen.

3. Weber, EisenbE. **21** 81: Ist neben dem haftpflichtigen Eisenbahnunternehmer ein Dritter nach den §§ 833—838 BGB. zum Ersatze des Schadens verpflichtet, so haften beide auch in ihrem Verhältnis untereinander gleich Gesamtschuldnern. Bei gleichzeitiger Haftung des Eisenbahnunternehmers nach HaftpflG. mit Dritten, die gemäß den §§ 823—826 BGB. verantwortlich sind, ist im Verhältnis zueinander der Dritte allein für den Schaden verantwortlich. Das Urteil des **RG. 53** 114 (s. vorstehende Ziff. 2) erscheint, soweit es diesen Sätzen gegenübersteht, nicht zutreffend.

4. **RG.** EisenbE. **20** 261 (vgl. auch Bem. Ziff. III Nr. 2 unten): Für die Feststellung des Vermögensnachteils ist der Erwerb zur Zeit des Unfalls maßgebend. Eine spätere Verminderung ist vom Haftpflichtigen nachzuweisen; sie folgt nicht ohne weiteres aus der späteren Verheiratung einer verletzten Frauensperson.

5. **RG.** JW. **05** 213: Die körperliche Integrität und die davon bedingte, je nach der Individualität in ihrem Werte verschiedene Erwerbsfähigkeit ist an

sich ein wirtschaftliches Gut. Die Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit ist daher die gänzliche oder teilweise Entziehung eines wirtschaftlichen Gutes, somit ein Vermögensnachteil, selbst wenn der seiner Erwerbsfähigkeit ganz oder teilweise Beraubte infolge besonderer Umstände zeitweise in seiner wirtschaftlichen Lebensführung unter diesem Verluste nicht zu leiden hat. Eine unverbindliche, jederzeit widerrufliche Gewährung dessen, was der Verletzte vor der Verletzung gehabt hat, zu welcher Gewährung sich ein Dritter aus Humanitätsgründen herbeigelassen hat, ist jedenfalls an sich kein Ausgleich des erlittenen Schadens. Der haftpflichtige Unternehmer kann sich nicht auf Kosten der Humanität eines Dritten der Erfüllung seiner rechtlichen Verpflichtung entziehen.

II. Ersatzberechtigte Personen.

1. **RG.** JW. **03** 68 (vgl. auch JDR. **2** Bem. III 2 zu § 3 und 3a HaftpflG.): Hat der Verletzte erst nach dem Unfalle geheiratet, so hat die spätere Ehefrau zur Zeit des Unfalls in keinem Verhältnisse zum Verletzten gestanden, welches letzteren unterhaltspflichtig machte oder machen konnte; dies auch dann nicht, wenn der Verletzte mit seiner späteren Ehefrau zur Zeit des Unfalls schon uneheliche Kinder gehabt hat.

2. OLG. Colmar, ElsLothJZ. **29** 344, EisenbE. **21** 118: Ein gegenwärtiger Erwerb des z. Z. 9 jährigen Knaben kommt nicht in Frage. Der Antrag auf eine lebenslängliche Rente von 40 M. monatlich für den Knaben ist daher als ein auf eine noch ferne Zukunft gestellter Leistungsantrag unbegründet, da die dem Antrage zugrunde gelegten und zu Beweis gestellten heutigen Verhältnisse, welche als für jenen ferneren Zeitpunkt maßgebend vorausgesetzt werden, sich in der Zwischenzeit so wesentlich ändern können, daß sie nicht als geeignete Grundlage einer gegenwärtigen Verurteilung erscheinen können. Dagegen ist der subsidiäre Antrag auf prinzipielle Feststellung der Entschädigungspflicht gerechtfertigt; das rechtliche Interesse des Klägers an dieser Feststellung ist schon im Hinblick auf die 2 jährige Verjährungsfrist des § 8 HaftpflG. gegeben. Ebenso OLG. Colmar, R. **04** 259, EisenbE. **21** 184.

3. OLG. Hamburg, DJZ. **04** 752, EisenbE. **21** 10: Die 40 Jahre alten Eltern eines durch einen Straßenbahnwagen getöteten 4 jährigen Kindes verlangen ab 1915 eine Rente von jährlich 200 M., eventuell Feststellung, daß der Beklagte dazu rechtlich verpflichtet sei. Klage abgewiesen, da völlig dahinstehe, ob das Kind solange am Leben geblieben wäre, zu einem Erwerb gekommen sein würde und ob, bejahendenfalls, im Hinblick auf § 1603 BGB. die Unterhaltspflicht desselben eingetreten wäre.

III. Dauer und Erlöschen des Anspruchs.

1. OLG. Dresden, SächsA. **14** 126, EisenbE. **20** 228: Die im § 35 des sächs. BGB. gegebene Berechnung der mutmaßlichen Lebensdauer und die dadurch aufgestellte tatsächliche Vermutung hat zwar nicht mehr gesetzliche Gültigkeit und das deutsche BGB. hat hauptsächlich mit Rücksicht auf die Unmöglichkeit der Aufstellung einer für ganz Deutschland zutreffenden Sterblichkeitstabelle (vgl. Mugdan, Materialien I, 374, 375) von der Aufnahme einer gleichen Vorschrift abgesehen. Dies schließt aber nicht aus, die in der erwähnten sächsischen Rechtsvorschrift niedergelegten Ergebnisse statistischer Untersuchungen auch fernerhin als solche zu verwenden.

2. **RG.** JW. **05** 144 (vgl. auch JDR. **2** Bem. 3 unter Ziff. V zu § 3 u. 3a HaftpflG.): Das Gesetz enthält keine Bestimmung, daß der Schadensersatzanspruch der Witwe des Getöteten mit ihrer Wiederverheiratung endigen soll. Es steht daher der Verurteilung des Beklagten zur Gewährung einer Rente an die Witwe für die mutmaßliche Lebensdauer ihres Mannes kein Bedenken entgegen, und es muß dem Verpflichteten überlassen bleiben, sofern die Witwe sich wiederverheiraten

sollte, seine etwaigen Rechte auf Wegfall oder Minderung der Rente im Wege des § 323 ZPO. geltend zu machen.

3. a) **RG.** JW. **05** 213: Eine zeitliche Begrenzung der zugesprochenen Rente erscheint nur dann veranlaßt, wenn nach der konkreten Sachlage anzunehmen ist, daß die in Betracht kommende Erwerbsfähigkeit des Verletzten mit der Erreichung einer bestimmten Altersgrenze aufhören würde.

b) **RG.** JW. **05** 144: Es geht zu weit, wenn der Beklagte seine Verpflichtung auf die Zeit bis zur Erfüllung des 14. Lebensjahrs der Kinder beschränkt wissen will. Die Erfüllung dieses Lebensjahrs ist insofern von Bedeutung, als gegen Ende desselben meist der Zeitraum zu Ende geht, in welchem Kinder der gesetzlichen Schulpflicht unterliegen und infolgedessen für Kinder derjenigen Volksklassen, denen der Kläger angehört, das Hindernis wegzufallen pflegt, das die Teilnahme an dem Unterricht einer Volksschule der Gewinnung eigenen Erwerbes bereitet. Abgesehen aber davon, daß die Beendigung der Schulpflicht nicht ohne weiteres mit der Erfüllung des 14. Lebensjahrs zusammenfällt, kann es auch für die hier in Frage stehenden Volksklassen keineswegs als Regel gelten, daß Knaben und Mädchen alsbald nach ihrem Austritt aus der Volksschule in der Lage wären, selbst ihren Lebensunterhalt zu verdienen, vielmehr besteht regelmäßig auch über diesen Zeitpunkt hinaus noch für längere Zeit das Bedürfnis nach einer Unterstützung der Kinder durch die Eltern und somit die Unterhaltspflicht der Eltern fort, wenn auch oft in vermindertem Umfange. Dementsprechend wird unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse zu erwägen sein, für welchen Zeitpunkt annehmbar für den Vater der Kläger die Notwendigkeit und die Pflicht bestanden haben würde, diesen über das 14. Lebensjahr hinaus und nach dem Austritt aus der Schule Unterhalt zu gewähren und wie hoch für diese Zeit der Betrag, den er für jedes Kind aufzuwenden gehabt hätte, zu veranschlagen sei. Hierbei ist von einer dem gewöhnlichen Laufe der Dinge entsprechenden Sachgestaltung auszugehen, solange nicht Umstände hervortreten, die eine hiervon abweichende Beurteilung erheischen.

4. **RG.** (VI 5. 1. 05) JW. **05** 143: Es kann nicht im Sinne der Vorschriften in §§ 258, 323 ZPO. liegend angesehen werden, die Verurteilung zur Rentenzahlung auf die ganze Zeit zu erstrecken, für welche äußerstenfalls die Zahlungspflicht des Haftpflichtigen überhaupt bestehen kann, auch wenn nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge nicht anzunehmen ist, daß sie wirklich so lange bestehen werde. Es ist daher bei Klagen dieser Art der mutmaßliche und der Erfahrung entsprechende Verlauf der Dinge zu berücksichtigen und die Verurteilung auf die Zeit zu beschränken, für welche bei Unterstellung einer normalen Sachgestaltung der Fortbestand der Zahlungspflicht des Haftpflichtigen zu erwarten ist. Dem etwaigen Interesse des Klägers, seine Rechte über diesen Zeitpunkt hinaus richterlich festgestellt zu sehen, kann geeignetenfalls durch eine Entscheidung nach § 256 ZPO. Genüge geleistet werden. Ebenso **RG.** (VI 19. 1. 05) JW. **05** 152, wo noch näher ausgeführt, daß und warum in solchem Falle der zur Rentenzahlung verpflichteten Partei mit einer Verweisung auf § 323 ZPO. nicht gedient sein wird.

§ 7. Vgl. § 323 ZPO.

RG. JW. **05** 133 (vgl. auch JDR. **2** Bem. Ziff. 4 zu § 7 HaftpflG.): Die Klage aus § 323 ZPO. (früher § 7 HaftpflG.) ist keine Unterart der Klage aus § 767 ZPO., sondern ein selbständiger Rechtsbehelf, für den die Bestimmungen des § 767, insbesondere diejenige in Abs. 1 über den Gerichtsstand, nicht gelten (vgl. **RG.** **52** 344). Die Frage, vor welchem Gerichte die Klage auf Grund des § 323 zu erheben sei, folgt vielmehr lediglich den allgemeinen Regeln. Hierin liegt eine Neuerung nicht. Die Bestimmung in § 323 ist die Verallgemeinerung

einer bereits in dem HaftpflG. gegebenen Vorschrift, das in § 7 Abs. 2 die gleiche Klage erlaubte, und schon diese Klage wurde als ein Rechtsbehelf angesehen, der gegenüber der Klage aus § 767, insbesondere was den Gerichtsstand anbelangt, selbständig sei (**RG. 1** 319).

§ 8. 1. **RG. 57** 372 ff. JW. **04** 257, DJZ. **04** 649, EisenbE. **21** 54: Die gerichtliche Geltendmachung eines Teiles eines Anspruchs unter Vorbehalt weiterer Ansprüche unterbricht nicht die Verjährung bezüglich des nicht geltend gemachten, aber vorbehaltenen Teiles. — Gegen den Einwand der Verjährung ist die Replik der Arglist zulässig. (Näheres s. Ziff. 1 zu § 209 BGB.)

2. **RG.** EisenbE. **20** 332, Arch. f. EisenbWes. **04** 480: Ein wegen eingetretener Verjährung aus Billigkeitsgründen abgeschlossener Vergleich kann nicht mit der Begründung angefochten werden, daß die bewilligte Entschädigung zu gering sei und der Vergleich mit Rücksicht auf die Notlage des Verletzten gegen die guten Sitten verstoße.

§ 9. 1. **RG. 57** 57, 58, Arch. f. EisenbWes. **04** 1217 (vgl. auch JDR. **2** Bem. zu § 9 HaftpflG.): Durch den § 9 in der neuen Fassung des HaftpflG. sind nur weitergehende reichsgesetzliche Bestimmungen aufrecht erhalten worden, nicht auch weitergehende landesgesetzliche Bestimmungen. Der Vorbehalt des Art. 105 EGBGB. ermächtigt die Landesgesetzgebung nur, für die dort erwähnten Fälle von Schadenhaftung durch weitere Ausdehnung solcher Verantwortlichkeit von den Vorschriften des BGB. abzuweichen, nicht aber auch zu einer Abweichung von anderen Reichsgesetzen, namentlich dem ReichshaftpflG. Ein solcher Vorbehalt zugunsten der Landesgesetze gegenüber dem HaftpflG. müßte in diesem selbst getroffen sein; in dem nunmehrigen § 9 kann aber nach der Änderung, die er erfahren hat, ein solcher Vorbehalt nicht mehr gefunden werden. Weiterhin spricht auch die Entstehungsgeschichte des Art. 105 EGBGB. gegen die Annahme, daß dadurch der Landesgesetzgebung freigegeben sei, Vorschriften über die Haftung wegen Personenbeschädigung beim Eisenbahnbetriebe zu treffen, und daß derartige landesgesetzliche Vorschriften in Kraft geblieben seien (Art. 3 EGBGB.).

2. *Keyßner, R. **04** 2: § 25 PrEisG. vom 3. 11. 1838 ist für Personenbeschädigungen durch das RHaftpflG. beseitigt, gilt somit nur mehr für Sachbeschädigungen im Eisenbahnbetriebe mit Ausschluß der Kleinbahnen, Privatanschlußbahnen und Straßenbahnen. —

Grundbuchordnung.

Vorbemerkungen: Auch im laufenden Berichtsjahre hat sich hauptsächlich die Rechtsprechung mit einzelnen Fragen des formellen Grundbuchrechts befaßt, während die Rechtslehre die Bestimmungen der GBO. meist nur im Zusammenhange mit den Vorschriften des materiellen Rechtes erörtert hat. Dies gilt namentlich auch von der 3. Auflage des Oberneckschen Reichsgrundbuchrechts. Der Kommentar von Predari, welcher im Rahmen der GBO. in umfassendem Maße auch das materielle Recht behandelt, ist in der inzwischen erschienenen 3. Lieferung erst bis zu § 25 gediehen. Eine kleine Preßfehde hat sich u. a. im Anschluß an die JDR. **2** Ziff. 2 zu § 57 GBO. erwähnte Entscheidung des KG. zwischen Förster und Falkmann entsponnen, in dem dieser gegen die von jenem erhobenen Angriffe die Ansicht des KG. verteidigt. Die §§ 40, 41 GBO. sind nach wie vor Gegenstand zahlreicher Entscheidungen und Meinungsverschiedenheiten, insbesondere hinsichtlich der Frage, wieweit bei Verfügungen des Vorerben der Nacherbe beteiligt und sein Recht zu wahren ist.

Literatur: Brand, Die Grundbuchsachen in der gerichtlichen Praxis (Hilfsbücher für die gerichtl. Praxis, herausgeg. von Wilibald Peters IX). — Bernhöft, Sachenrecht. 1. Abt.: Rechte an Grundstücken, Stuttgart 1904. — Klumpp, Das deutsche Grundbuchrecht und die württemb. Ausführungsbestimmungen (2) 2. Teil, Stuttgart 1904. — Löwenherz, Die Verfügungen in Grundbuchsachen. Leitfaden für Grundbuchbeamte, Notare und Referendare. — Mahla, Materielles und formelles Recht, BayNotZtg. 5 266. — Mainhard, Das formelle Grundbuchrecht im Großherzogtum Baden (die RGBO. mit den badischen Ausführungs- und Vollzugsvorschriften). — Oberneck, Bericht über die Rechtsprechung in Grundbuchsachen, DNotVZ. **4** 5—62. — Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht unter Berücksichtigung der Ausführungsbestimmungen sämtlicher Bundesstaaten, insbesondere derjenigen Preußens. (3) Berlin 1904. — Schaus, Grundbuchzustände (im Gebiete des OLG. Cöln), DNotVZ. **4** 88; vgl. auch **2** 294. — Schröder, Grundbuch. Entscheidungen III. — Strecker, Die Ergebnisse der Rechtslehre zum Liegenschaftsrechte, R. **04** 407. — Wigger, Das bisherige Stadtbuch und die Einrichtung des Grundbuchs in Rostock, MecklZ. **23** 53—86. — Willenbücher, Die Reichsgrundbuchordnung vom 24. März 1897 mit Anmerkungen und Sachregister (3) 1904 (Ausgabe für das Reich und für Preußen). — Willenbücher, Das Liegenschaftsrecht des Bürgerl. Gesetzbuchs und die Reichsgrundbuchordnung. 1904. (Ausgabe für das Reich und für Preußen). — WürttZ. **46** 7, 41, 75, 334, 358: Auszüge aus den Grundbuchvisitationserlassen des Königl. Justizministeriums vom 22. Oktober 1903.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 1. *Brand, Grundbuchsachen 23: Die RundVerf. des preuß. JM. vom 10. 3. 02 — I 1203 — verordnet aus praktischen Gründen, insbesondere um die Angabe des Grundbuchbandes bei der Bezeichnung des Grundbuchblatts entbehrlich zu machen und um Verwechselungen zu vermeiden, daß die Nummern der Grundbuchblätter durch alle Bände des Grundbuchs eines Anlegungsbezirkes fortlaufen.

§ 3. 1. OLG. **10** 76 (KG.): Aus § 3 GBO. ergibt sich, daß, soweit nicht landesrechtlich auf Grund der Ermächtigung im § 90 eine Ausnahme gemacht ist, auch diejenigen Grundstücke, welche in einem Separationsrezeß als gemeinschaftliche ausgeworfen, bisher aber nicht gebucht sind, eintragungsbedürftig sind, und zwar hat die Buchung in der Weise stattzufinden, daß die gemeinschaftlichen Grundstücke ein selbständiges Grundbuchblatt erhalten und die Rechte, welche dem jeweiligen Eigentümer des Hauptgrundstücks daran zustehen, in Abt. 2 des Bestandsverzeichnisses zum Ausdrucke zu bringen sind.

2. *Spieß, ZBlFrG. **4** 747, 748: Als eingetragen gilt und deshalb Gegenstand einer Grundbuchsverfügung ist das einzelne Grundstück, so wie es als Rechtsobjekt realiter besteht; nur seine Bezeichnung erfolgt nach dem amtlichen Verzeichnis, in Preußen dem Grundsteuerkataster. Dieses letztere kann mit dem, was in Ansehung des Bestandes des Grundstücks als Rechtszustand gelten gelassen werden muß, durch besondere Vorgänge in Widerspruch geraten.

Ein Dualismus dieser Art, wie er alsdann in bezug auf Grundbuchsinhalt und wahre Sachlage besteht, liegt in Preußen auch während eines anhängigen Zusammenlegungsverfahrens in der Zeit von der Ausführung des Auseinandersetzungsplans bis zur allgemeinen Grundbuchsberichtigung vor. Grundbuchmäßige Verfügungen über die aus dem Verfahren hervorgegangenen Abfindungsgrundstücke sind auch schon in dieser Zeit nicht ausgeschlossen.

§ 4. 1. OLG. **9** 326 (KG.): Eine Zusammenschreibung im Sinne des § 4 liegt in Preußen nicht vor bei der Vereinigung von Absplissen mit den angrenzenden Parzellen, sofern dadurch die grundbuchliche Selbständigkeit der Grundstücke nicht beeinträchtigt wird (§ 28 Nr. 2h der Katasteranweisung II vom 21. Februar 1896). Eine solche Vereinigung kann daher auch ohne Antrag des Eigentümers erfolgen.

2. Grützmann, KritVSchr. **45** 259, gegen Achilles-Strecker 156: § 4 GBO. macht eine Ausnahme von § 3 Satz 1 und gibt der Landesjustizverwaltung

die Befugnis, über mehrere Grundstücke desselben Eigentümers ein gemeinschaftliches Blatt führen zu lassen. Ob diese davon Gebrauch macht, steht bei ihr; daß sie davon keinen Gebrauch macht, kann sie auch im Verordnungsweg erklären. Die Befugnis kann ihr durch Landesrecht nicht entzogen werden, denn sie ist ihr durch Reichsrecht erteilt. Vgl. dazu Achilles-Strecker 156.

§ 5. 1. PosMschr. **04** 3 (LG. Tilsit): Die Zuschreibung kann erst erfolgen, nachdem der Antragsteller als Eigentümer im Grundbuche des abzuschreibenden Grundstücks eingetragen ist, wenn er auch schon vor seiner Eigentumseintragung den Zuschreibungsantrag stellen kann.

2. HessRspr. **5** 77 (AG. Worms): In Hessen ist gemäß Art. 81 des Hess. AGBGB. (vgl. Art. 119 Nr. 3 EGBGB.) die Vereinigung mehrerer Grundstücke und die Zuschreibung eines Grundstücks zu einem anderen (§ 890 Abs. 1, 2 BGB.) nur dann zulässig, wenn sämtliche Grundstücke mit keinem oder nur mit demselben Rechte belastet sind. Diese Vorschriften finden auch auf die Ab- und Zuschreibung von Grundstücksteilen entsprechende Anwendung.

3. ElsLothNotZ. **24** 291 (OLG. Colmar): Die an sich zulässige Vereinigung mehrerer Grundstücke ist nach § 16 des elsaß-lothringischen AG. BGB. nur für den Fall ausgeschlossen, daß sie in verschiedener Weise durch Hypotheken belastet sind. Daß keine solche Belastung vorliege, hat der Antragsteller nicht nachzuweisen.

§ 6. 1. SchlHolstAnz. **04** 108 (LG. Kiel): Die Vorschrift des § 6 findet auch dann Anwendung, wenn die Entpfändung eines Grundstücks in Abt. III eingetragen werden soll. Über die Art der Abschreibung des Grundstücksteils (§ 3 oder 4 GBO.) hat der Grundbuchrichter von Amts wegen zu befinden.

2. Sekler, Wesen der Vormerkung 149, hält vor Eintragung einer Vormerkung die Abschreibung des reellen Grundstücksteils, auf dem sie eingetragen werden soll, für erforderlich, dagegen steht nach seiner Ansicht (151) nichts im Wege, Vormerkungen auf ideellen Bruchteilen eines Grundstücks einzutragen, auch wenn sie nicht in dem Anteil eines Miteigentümers bestehen und auch, wenn es sich um die Vormerkung von Vorkaufsrechten, Reallasten und Hypotheken (§§ 1095, 1106, 1114 BGB.) handelt. Vgl. JDR. **2** Ziff. 7 zu § 6 GBO. und JDR. **1** Ziff. 2 zu § 883 und Ziff. 5 zu § 885 BGB.

§ 8. 1. *Spieß, ZBlFrG. **3** 612 und **4** 750, 751 Ziff. f: Zu den Rechten dieser Art gehören auch die Anteile der Eigentümer der bei einer preußischen Grundstückszusammenlegung gebildeten Abfindungspläne an den neuen Wegen und sonstigen gemeinschaftlichen Anlagen. Die in einem solchen Verfahren einzelnen Teilnehmern überwiesenen Abfindungskapitalien gehören nie, Abfindungsrenten nur dann zu den im Paragraphen bezeichneten Rechten, wenn sie gemäß §§ 1105 Abs. 2, 96 BGB. einem berechtigten Grundstück als Quasibestandteil besonders zugeschlagen sind. Erstere sind daher niemals, letztere regelmäßig nicht im Bestandsverzeichnisse von Rechten eines Grundstücks einzutragen, sondern erstere nur in der Abt. III, letztere nur in der Abt. II des Grundbuchs des belasteten Grundstücks.

2. Über die Eintragung eines älteren Schleswig-Holsteinischen Apothekerprivilegiums zwar nicht als einer selbständigen Gerechtigkeit (Art. 40 preuß. AGBGB., Art. 27 preuß. AGGBO.), aber als eines Bestandteils des Grundstücks, mit dem es als Realprivilegium subjektiv-dinglich verbunden ist, s. LG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 359.

§ 9. ElsLothZ. **04** 565 (OLG. Colmar): Das Grundbuchamt kann die Vervollständigung eines Auszugs aus einer notariellen Teilungsurkunde auch dann verlangen, wenn der Notar nochmals die Urschrift vorlegt, da diese nicht bei dem Grundbuchamte verbleibt.

§ 11. 1. DNotV3. **04** 62 (Antw. d. Red.): Der Notar ist dienstlich nicht verpflichtet, vor Beurkundung von Grundbuchakten das Grundbuch einzusehen, da Nachforschungen bei anderen Behörden Sache der Beteiligten sind.

2. WürttZ. **46** 361 (OLG. Stuttgart): „Einsicht" ist nicht „Durchsicht" des ganzen Grundbuchs, sondern Einsichtnahme mehr oder weniger bestimmt, aber immer so, wie es ohne übermäßige Inanspruchnahme des Grundbuchamts tunlich ist, dem Grundbuchbeamten bezeichneter Stellen des Grundbuchs. Dies gilt auch, wenn landesgesetzlich (z. B. nach Art. 21 Württ. AGBGB.) die Einsicht öffentlichen Behörden auch ohne Darlegung eines berechtigten Interesses gestattet ist.

3. ZBlFrG. **5** 330 (OLG. Celle): Das Grundbuchamt ist nicht verpflichtet, auf Ersuchen des Ablösungskommissars dessen Legitimationstabellen ausfüllen zu lassen und zu beglaubigen, vielmehr muß es diesem überlassen bleiben, das dazu passende Formular selbst auszufüllen. Dagegen Spieß, ZBlFrG. **4** 745, da es sich um auszugsweise Abschriften handle, welche nur nicht ohne besondere Veranlassung neben vollständigen Grundbuchabschriften erteilt werden dürften.

4. *Brand, Grundbuchsachen 52, 53: Eine Versendung der Grundbücher, etwa an andere Gerichte zur Einsichtnahme durch die Beteiligten, ist unzulässig. Dagegen ist eine Versendung der Grundakten zulässig; sie soll aber möglichst eingeschränkt werden und es ist nicht zu billigen, daß Grundakten oft jahrelang von den Prozeßgerichten bei den Prozeßakten behalten werden.

Über die Anträge auf Einsichtnahme des Grundbuchs und der Grundakten sowie auf Erteilung von Abschriften steht die Entscheidung nur dem Richter, nicht etwa dem Gerichtsschreiber zu. Freilich pflegt in zweifellosen Fällen der Grundbuchführer ohne weitere Befragung des Richters, dessen stillschweigender Billigung er sich versichert hält, die Einsicht zu gestatten; dieses Verfahren ist aber nicht unbedenklich, und jedenfalls kann der Richter sich stets durch ausdrückliche Anordnung für alle Fälle die Entscheidung vorbehalten.

§ 12. 1. **RG.** PucheltsZ. **04** 272: Der Grundbuchrichter haftet dem Beteiligten nicht bei solchen unrichtigen Amtshandlungen, die nicht notwendig zum Geschäftsbereiche des Grundbuchamts, sondern zur sonstigen freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören, wenn er sie nur in seiner Eigenschaft als Grundbuchrichter und bei Gelegenheit einer Amtstätigkeit als solcher innerhalb seiner Amtsbefugnisse vornahm.

2. Wegen der Haftung des Staates für den Schaden, der dadurch entstanden ist, daß die Grundbuchbeamten die ihnen obliegende Amtspflicht bei Bestimmung der Reihenfolge der Eintragungen aus Fahrlässigkeit verletzt haben, s. **RG. 57** 277.

3. OLG. **9** 20, SächsOLG. **26** 136 (Dresden): Die Kostenerhebung gehört nicht zu den Geschäften des Grundbuchbeamten als solchen. Macht er sich in Ansehung der Kosten eines Amtsdelikts oder einer anderen unerlaubten Handlung schuldig, so begeht er damit nicht eine Pflichtverletzung, für die der Staat in § 12 haftbar gemacht ist.

4. *Brand, Grundbuchsachen 5, 6: Die meisten Verstöße der zu besonderer Sorgfalt verpflichteten Grundbuchbeamten sind als grobe zu erachten. So wird man z. B. Schreibfehler, unterlassene oder ungenügende Prüfung der Identität, Legitimation und Geschäftsfähigkeit der Beteiligten, Eintragungen ohne die vorgeschriebenen Bewilligungen und Anträge regelmäßig als auf grober Fahrlässigkeit beruhend ansehen müssen.

5. Delius, DJZ. **04** 531: Die bisherige Streitfrage, ob bei der Entscheidung von Rechtsfragen auch der Grundbuchrichter das Privileg des Spruch-

richters hat, fällt jetzt, da der § 839 Abs. 2 BGB. auf die streitige Gerichtsbarkeit beschränkt ist. Vgl. JDR. 2 Ziff. 4 zu § 12 GBO.

Zweiter Abschnitt. Eintragungen in das Grundbuch.

Zu §§ 13 ff. 1. Unzulässige Eintragungen.

a) Gegenstandslose und überflüssige Einträge sind fernzuhalten. Wie KGJ. 21 A 165 (JDR. 2 Ziff. 4 A a) KGJ. 28 A 139. Dies gilt namentlich auch von Zusatzvermerken, die nur den klaren Inhalt einer bisherigen Eintragung wiederholen. KGJ. 28 A 145.

b) KG. PosMschr. 04 37: Nicht eintragungsfähig ist die von dem Eigentümer übernommene Verpflichtung, die zu seinem Grundstücke führenden Chausseegrabenüberwege zu unterhalten, da der Bestellung einer derartigen Verpflichtung als Reallast (BGB. § 1105) der nach Art. 115 EGBGB. aufrecht erhaltene § 91 des AblösG. v. 2. 3. 50 entgegensteht.

c) RG. PosMschr. 04 75: Nicht eintragungsfähig ist das Recht, von einem anderen den Ausbau einer Straße und die Herstellung der Kanalisation und Wasserleitung zu fordern, da es sich nur als ein obligatorisches Recht darstellt und insbes. auch nicht unter den Begriff der Reallast (BGB. § 1105) fällt, weil nicht wiederkehrende Leistungen in Frage sind.

d) KG. PosMschr. 04 163: Nicht eintragungsfähig ist der Verzicht auf Schadensersatz wegen derjenigen Nachteile, die dem Eigentümer eines Grundstücks infolge der Anpassung von Baulichkeiten an die neu festzusetzende fluchtlinienplanmäßige Höhenlage des Bürgersteigs erwachsen, da ein solcher Verzicht den Verpflichteten lediglich von einer persönlichen Schuld befreit. Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (BGB. § 1090) zugunsten der Stadtgemeinde wird durch den Verzicht nicht begründet, weil dieser keinerlei Befugnisse in Ansehung des Grundstücks verschafft, während es zum Wesen auch der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gehört, daß das Grundstück unmittelbar dem Willen des Berechtigten unterworfen wird.

e) BayOLG. 5 185, R. 04 282: Das Grundbuch ist nicht bestimmt, Aufschluß über die Geschäftsfähigkeit eines Berechtigten zu geben; deshalb eignet sich die Stellung unter vorläufige Vormundschaft nicht zur Eintragung in das Grundbuch. Ebensowenig kann ein Widerspruch eingetragen werden, um die Ausführung des Beschlusses über die Stellung unter vorläufige Vormundschaft bis zur Zustellung des Beschlusses an den Betroffenen zu sichern.

f) OLG. 9 332, RJA. 4 261, KGJ. 28 A 316 (Hamburg): Unzulässig ist die Eintragung einer Hypothek mit dem Zusatze, daß sie zum „Vorbehaltsgute" der Gläubigerin gehöre. Vgl. JDR. 2 Ziff. 4 A g zu §§ 13 ff. GBO.

g) SächsOLG. 26 45, SeuffA. 59 97: Unzulässig ist die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines Vorkaufsrechts mit bestimmtem Vorkaufspreise. Vgl. JDR. 2 Ziff. 4 C K zu §§ 13 ff. GBO.

h) OLG. 8 106, ElsLothNotZ. 24 81 (Colmar): Unzulässig ist die Eintragung der Vormerkung eines durch Ehevertrag begründeten Vermächtnisanspruchs, da der Erbe, gegen den der Vermächtnisanspruch sich richtet, zur Zeit noch garnicht eingetragen ist.

2. Prüfung der Verfügungsbefugnis eines Beteiligten.

a) KGJ. 28 A 92: Der Grundbuchrichter kann zwar bei der Prüfung der Verfügungsbefugnis auch aus dem Grundbuche nicht ersichtliche Tatsachen berücksichtigen (KGJ. 25 A 117, 27 A 98, JDR. 2 Ziff. 5a zu §§ 13 ff. GBO.). Ist aber ein dinglicher Erwerb eines eingetragenen Rechtes (z. B. durch Abtretung einer Hypothek und Übergabe des Hypothekenbriefs) eingetreten, so darf der Grundbuchrichter die Eintragung nicht um deswillen ablehnen, weil ihm eine

Verfügungsbeschränkung des Veräußerers bekannt geworden ist: Für den guten Glauben des Erwerbers spricht die Vermutung (BGB. §§ 891, 892, 1154).

b) KGJ. 28 A 94: Der Grundbuchrichter ist berechtigt, die Entgegennahme der Auflassung von dem eingetragenen Eigentümer zu verweigern, wenn sich aus dem Grundbuch oder aus den Grundakten, soweit diese das Grundbuch ergänzen, Bedenken gegen die Rechtsgültigkeit der Eigentumseintragung ergeben. Ist jedoch die Eigentumsübertragung auf Grund einer Auflassung seitens des früheren eingetragenen Eigentümers erfolgt, so hat der Auflassungsempfänger mit Rücksicht auf den zu vermutenden guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs rechtswirksam Eigentum erworben und darf der Grundbuchrichter Eintragungsbewilligungen dieses Erwerbers nicht beanstanden, sei es auch, daß die Eintragung des früheren Eigentümers unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen ist.

c) LG. Dessau, ThürBl. 04 107: Das Grundbuchamt kann von einem Testamentsvollstrecker die Darlegung des Kausalgeschäfts verlangen, um prüfen zu können, ob nicht die Voraussetzungen des § 2205 Satz 2 BGB. vorliegen.

d) OLG. 8 150 (KG.): Die Richtigkeit einer einstweiligen Verfügung nachzuprüfen, steht dem Grundbuchrichter nicht zu, wohl aber hat er die Tragweite der Entscheidung nachzuprüfen. Vgl. JDR. 2 Ziff. 2 zu § 1418 BGB.

e) ElsLothNotZ. 24 335, R. 03 290 (OLG. Colmar): Der Grundbuchrichter hat nicht eine durch das Vormundschaftsgericht genehmigte Teilung dahin zu prüfen, ob die beteiligten Minderjährigen gehörig vertreten waren (BGB. § 181). A. M. LG. Colmar, ZBlFrG. 5 34, da das Grundbuchamt nicht den Genehmigungsbeschluß des Vormundschaftsgerichts nachprüfe, sondern kraft seines Amtes selbständig die Grundlage der Eintragung prüfe, wozu die Feststellung ordnungsmäßiger Vertretung der Minderjährigen gehöre.

f) SchlHolstAnz. 04 121 (LG. Kiel): Der Grundbuchrichter ist nicht berechtigt, wegen Nichtigkeit des Abtretungsvertrags (z. B. weil gegen § 181 BGB. verstoßen sei) die beantragte Eintragung zu verweigern, vielmehr hat die Eintragung der Abtretung gemäß §§ 19, 26 GBO. schon auf Grund der Bewilligung oder der Abtretungserklärung des bisherigen Gläubigers zu erfolgen.

Vgl. auch zu § 182 BGB.: Nachweis der vorbehaltenen Genehmigung eines Vertragschließenden bei der Hypothekbestellung (BayrNotZ. 5 40, 110).

3. Umfang der Prüfungspflicht des Grundbuchrichters.

a) OLG. 9 330 (KG.): Solange ein wenn auch nur entfernter Zweifel über die Identität einer abgetretenen Hypothek besteht, kann der Grundbuchrichter verlangen, daß der Widerspruch in den zur Bezeichnung der Hypothek gemachten Angaben beseitigt wird.

b) ElsLothNotZ. 24 95 (OLG. Colmar): In der Zustimmung des Eigentümers zur Löschungsbewilligung müssen die Hypothekeintragungen zweifelsfrei bezeichnet werden; es genügt daher nicht der in einem Kaufvertrag unter den Bedingungen enthaltene Satz: Erwerberin beantragt, etwaige Hypotheken zu löschen.

c) ElsLothNotZ. 24 187 (LG. Colmar): Der Grundbuchrichter hat nicht solche nur möglicherweise bestehenden Rechte zu berücksichtigen, die ihm weder aus dem Grundbuche, noch auf andere Weise bekannt geworden sind, und hat sich daher zur Löschung einer Hypothek mit der Zustimmung des zur Zeit des Einganges der Löschungsbewilligung eingetragenen Eigentümers zu begnügen, wenn nicht feststeht, daß die Forderung vor dessen Eintragung erloschen ist.

d) OLG. 9 323, KGJ. 28 A 171 (KG.): Entstehen Zweifel, ob ein im Grundbuch Eingetragener zur Führung des Adelstitels berechtigt ist, so hat der Grundbuchrichter kraft seiner Pflicht, unbefugten Anmaßungen von Adelstiteln als

strafbaren Handlungen entgegenzutreten, das Recht und auf Antrag des Heroldamts die Pflicht, von Amts wegen die erforderlichen Ermittelungen anzustellen. Zu verneinen ist eine solche Ermittelungspflicht nur da, wo die Beteiligten die erforderlichen Nachweise durch öffentliche Urkunden (§ 29) zu erbringen haben. Vgl. auch Ziff. 4 zu § 39 GBO.

e) SeuffA. **59** 432 (OLG. Dresden): Dem Grundbuchamte kann nicht angesonnen werden, durch Einsicht der seitdem erschienenen Nummern des Reichsanzeigers festzustellen, ob eine Vollmacht, deren Bestehen das Aufsichtsamt für Privatversicherung bezeugt hat (§§ 86, 88 des RG. vom 12. 5. 01), wegen noch nicht erfolgten Widerrufs noch zu Recht besteht.

4. Eine Verpflichtung, in Grundbuchsachen Rechtshilfe zu leisten, wird durch § 2 FrGG. nicht begründet, da die Grundbuchsachen nicht durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen sind. Dagegen kommt in Frage, ob nicht (in Hamburg) nach Maßgabe des Herkommens und der bestehenden Verordnungen die Amtsgerichte zur Rechtshilfe in deutschen Grundbuchsachen verpflichtet sind. OLG. **9** 145; HansGerZ. **04** Beil. 239 (Hamburg).

§ 13. 1. KGJ. **28** A 265: Der im § 13 Abs. 1 erforderte Antrag hat nur die Bedeutung, das Verfahren der Eintragung in Anregung zu bringen, und bedarf nicht der im § 29 vorgeschriebenen Form (KGJ. **20** A 211). Werden dem Grundbuchamte formell und materiell zu einer Eintragung genügende Urkunden eingereicht, in denen bereits ein Eintragungsantrag von einem nach § 13 Abs. 2 Antragsberechtigten gestellt ist, so ist dem Erfordernisse des Eintragungsantrags Genüge geschehen, es sei denn, daß besondere Umstände vorliegen, aus denen sich ergibt, daß die Urkunden ohne den Willen des Beteiligten dem Grundbuchamt eingereicht worden sind.

2. LG. Stettin, PosMschr. **04** 164: Ebensowenig wie ein auf Grund einer vollstreckbaren Urteilsausfertigung gestellter Eintragungsantrag einer besonderen Form bedarf, bedarf eine zur Stellung dieses Antrags ausgestellte Vollmacht der Beglaubigung, vielmehr darf sich der Gläubiger eines mit einfacher Vollmacht Bevollmächtigten bedienen.

3. OLG. **9** 329, KGJ. **28** A 320, MecklZ. **23** 31, RJA. **4** 175, R. **04** 418, ZBlFrG. **5** 113 (Rostock). Antragsberechtigt ist nur der aktiv und passiv Beteiligte, wobei nur Streit darüber entstanden ist, ob das Antragsrecht nur den unmittelbar Beteiligten oder auch dritten mittelbar Beteiligten zustehe. Bei der Umschreibung einer Grundschuld ist jedenfalls der Grundstückseigentümer auch nicht mittelbar beteiligt und daher auch nicht antragsberechtigt.

*Brand, Grundbuchsachen 65: Den Personen, die nur mittelbar durch die Eintragung begünstigt werden, wird das Antragsrecht abzusprechen sein. Ebenso Oberneck (3) I 193.

§ 14. BuschsZ. **33** 85 (OLG. Dresden): Der § 14 GBO. erübrigt nicht die Pfändung des Berichtigungsanspruchs. Diese Vorschrift erteilt dem Gläubiger lediglich die Befugnis, beim Grundbuchamte den Antrag auf Eintragung seines Schuldners als Berechtigten zu stellen. Die Verschaffung der zur Rechtfertigung des Eintragungsantrags erforderlichen Grundlagen liegt nicht in seiner Hand.

Dagegen *Reichel a. a. O. 89, 90: Will der Vollstreckungsgläubiger des Grundstückseigentümers eine dem Dritten bestellte, nachmals kraft Gesetzes auf den Eigentümer übergegangene Hypothek auf den Namen des Vollstreckungsschuldners berichtigend umschreiben lassen, so ist er hierzu schon durch § 14 GBO. legitimiert.

Vgl. auch die Nachweisungen bei § 894 BGB.

§ 15. 1. *Brachvogel, ElsLothJZ. **29** 415: Der Notar ist auf Grund des § 15 GBO. nur befugt, rein prozessuale Anträge beim Grundbuchamte zu

stellen, nicht auch solche Anträge, die zugleich rechtsgeschäftliche Verfügungen enthalten. Es genügt daher auch nicht, daß er das Anteilsverhältnis mehrerer Rechtserwerber, welches in der Eintragungsbewilligung nicht bezeichnet ist, in seinem Eintragungsantrage zum Ausdrucke bringt. Es bedarf vielmehr, damit dem § 48 GBO. entsprochen werden kann, einer in der Form des § 29 GBO. abgegebenen Erklärung der Rechtserwerber selbst über ihr Anteilsverhältnis.

2. KGJ. **28** A 88, OLG. **10** 92 (KG.): Das Antragsrecht des Notars aus § 15 greift nicht Platz, wenn der Berechtigte selbst den Antrag gestellt hat und der Notar lediglich diesen Antrag dem Gericht übermittelt. Die Übermittelung hat in diesem Falle lediglich die Bedeutung einer tatsächlichen, der eines Boten ähnlichen Tätigkeit. Hat der Antragsberechtigte selbst den Antrag gestellt, so kann auch dieser nur den Antrag zurücknehmen, es sei denn, daß er den Notar zur Zurücknahme bevollmächtigt hätte.

Die Vollmacht zur Stellung des Antrags enthält auch eine solche zur Zurücknahme des Antrags (Predari Anm. 6), indessen muß auch in diesem Falle die Zurücknahme in öffentlich beglaubigter Form erfolgen, da der § 32 für den Bevollmächtigten, auch den Notar im Falle des § 15, keine Ausnahme macht (Predari, Achilles-Strecker, Willenbücher).

Die Anlagen eines Antrags gehören zu diesem und können, abgesehen von dem Falle der Zurückweisung eines Antrags, nur von demjenigen zurückverlangt werden, der den Antrag gestellt hat. Ein Bote ist zur Empfangnahme nur berechtigt, wenn er einen Gegenstand unter der Bedingung, daß er ihm zurückgegeben werde, übergeben hat.

3. OLG. Colmar, R. **04** 108, ElsLothNotZ. **24** 68: Der Notar ist nicht ermächtigt, Anträge zu stellen, die mit den von ihm beurkundeten oder beglaubigten Parteierklärungen nicht übereinstimmen.

4. OLG. **8** 302, RheinAV. **21** 115 (KG.): Der Notar kann Eintragungsanträge der Parteien nicht im Übersendungsschreiben einschränken.

5. RheinNotZ. **04** 251 (LG. Cöln): Enthält eine notarielle Urkunde nur die Bewilligung von Eintragungen, so kann der Notar je nach den Umständen des einzelnen Falles die Eintragung nur hinsichtlich eines Teiles der Bewilligungen stellen.

6. *Brand, Grundbuchsachen 68, weist darauf hin, daß praktisch das Antragsrecht der Notare nicht bedeutsam sein wird, da regelmäßig in den vom Notar überreichten Urkunden bereits die erforderlichen Anträge gestellt sein werden. Die (rechtlich bedeutungslose) Wiederholung der Anträge in dem Übersendungsschreiben empfiehlt sich, da sie durch sachgemäße Zusammenfassung der in den Unterlagen gestellten Anträge die Eintragungsverfügung erleichtert.

§ 16. 1. Wie IDR. **2** Ziff. 2 zu § 16 jetzt auch OLG. **8** 148 (BayObLG).

2. Eickhoff, DJZ. **04** 984, Linkelmann, DJZ. **04** 1178: Ein unzulässiger Vorbehalt ist es nicht, wenn der Ersteher eines Grundstücks vor der Eintragung seines Eigentums die Eintragung einer Hypothek für den Fall beantragt, daß und sobald die Eintragung seines Eigentums auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts erfolgt sein werde. A. M. OLG. **9** 143, 382 (München), welches die sofortige Abweisung des Eintragungsantrags vor Berichtigung der Eigentumseintragung als berechtigt erachtet.

§ 17. Paetzold, PosMschr. **04** 12: Die Zuständigkeit der Grundbuchbeamten für die Entgegennahme von Eintragungsanträgen und für die Beurkundung der Eingangszeiten ist in Preußen nach Art. 4 des AGBGB. eine ausschließliche.

§ 18. 1. Über die „amtlichen Vormerkungen" in den Fällen der §§ 18, 76 GBO. s. Sekler, Lehre von der Vormerkung 84 ff.

2. Gegen die Entscheidung RJA. **3** 38: Strübe, BadRpr. **04** 99.

3. OLG. **8** 307, 308 (KG.): Erachtet das Beschwerdegericht, daß nach Lage der Sache ein Antrag nicht sofort zurückgewiesen werden durfte, so muß eine Frist für die Zukunft gesetzt und damit die Androhung verbunden werden, daß bei Nichtbehebung des Hindernisses innerhalb dieser Frist die Zurückweisung des Antrags erfolgen werde. Dieses Erfordernis kann nicht dadurch ersetzt werden, daß eine inzwischen abgelaufene Frist durch die Beschwerdeentscheidung nachträglich als eine angemessene Frist, die einzuhalten gewesen wäre, erklärt wird.

4. KGJ. **28** A 279, RJA. **4** 259, ZBlFrG. **5** 458 (KG.): Das Grundbuchamt hatte die Eintragung einer durch einstweilige Verfügung angeordneten Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs eines Vollstreckungsgläubigers auf Umschreibung einer Hypothek beanstandet, weil der zugehörige Hypothekenbrief nicht beigebracht sei, und zur Beseitigung des Anstandes dem Antragsteller eine zweiwöchige Frist bestimmt. Vor Ablauf der Frist wurden bei dem Grundbuchamte die zur Löschung der Hypothek erforderlichen, bereits vor Erlaß der einstweiligen Verfügung ausgestellten Erklärungen des Hypothekengläubigers und des Grundstückseigentümers mit dem Antrag auf Löschung eingereicht. Der Grundbuchrichter hat darauf bei der Hypothek den Umschreibungsanspruch des Vollstreckungsgläubigers von Amts wegen vorgemerkt und den Grundstückseigentümer benachrichtigt, daß die Löschung von der Beibringung einer Löschungsbewilligung des vorgemerkten Gläubigers abhängig gemacht werde. Das KG. hat die Entscheidung des Grundbuchamts gebilligt, indem es ausführt: „Schon der Versuch des Beschwerdeführers, die Wirksamkeit des § 18 Abs. 2 dahin einzuschränken, daß die dort angeordnete von Amts wegen vorzunehmende Eintragung in Fortfall kommen solle, sobald es sich ergeben werde, daß der erste Antrag nach dem sachlichen Inhalte des späteren Antrags unbegründet sei, verstößt gegen den § 17 und den § 18 Abs. 2 a. a. O.; denn nach § 17 daselbst darf die später beantragte Eintragung — hier also die Löschung — nicht vor der tatsächlichen Erledigung des früheren Antrags — hier des Antrags auf Eintragung der Vormerkung — erfolgen. Nicht die Frage, wie der erste Antrag unter Berücksichtigung des Inhalts des zweiten Antrags zu beurteilen sein würde, sondern lediglich die Frage, wie der Grundbuchrichter den ersten Antrag — gleichviel ob zutreffend oder unzutreffend — wirklich bereits beurteilt hat, ist entscheidend für die Anwendung des § 18 Abs. 2. Der Grundbuchrichter war also, um zu dem Löschungsantrage Stellung nehmen zu können, verpflichtet, bis zur Beseitigung derjenigen Hindernisse, welche nach seiner Ansicht dem Antrag auf Eintragung der Vormerkung entgegenstanden, jene Vormerkung von Amts wegen einzutragen; letztere Eintragung schloß aber wiederum die beantragte Löschung ohne Zustimmung des Vormerkungsberechtigten aus. Es kann aber auch nicht zugegeben werden, daß der Grundbuchrichter aus dem Inhalte der Löschungsbewilligung, insbesondere der Tatsache, daß diese vor Erlassung der einstweiligen Verfügung verlautbart ist, einen Grund zur Zurückweisung des Antrags auf Eintragung der Vormerkung hätte herleiten müssen. Selbst wenn die einstweilige Verfügung wirkungslos sein sollte, weil der eingetragene Gläubiger zur Zeit ihrer Erlassung nicht mehr Gläubiger war, so beeinträchtigt dies doch nicht die formelle Rechtmäßigkeit des die Vormerkung betreffenden Eintragungsantrags, vielmehr ist die Frage, wer zur Verfügung über die Hypothek berechtigt war, im ordentlichen Rechtswege zum Austrage zu bringen. Vgl. auch Sekler, Lehre von der Vormerkung 262.

5. *Brand, Grundbuchsachen 76: Hervorzuheben ist der in der Praxis nicht seltene Fall der stillschweigenden Fristgewährung. Wird nämlich ein Antrag von dem Antragsteller mit dem Bemerken eingereicht, daß gewisse, von dem

Antragsteller selbst bereits bemerkte Anstände binnen einer von ihm angegebenen Frist beseitigt werden würden, und verfügt darauf der Grundbuchrichter die Wiedervorlegung des Antrags nach Ablauf der Frist, so liegt darin eine stillschweigend gewährte Frist zur Hebung der Anstände.

§ 19. 1. Grützmann, KrVSchr. **45** 265, gegen Achilles-Strecker 180: Die Eintragungsbewilligung ist kein Rechtsgeschäft, sondern eine Verfahrenshandlung.

2. a) OLG. **10** 103 (KG.): Ist der Erwerber einer Hypothek auf Grund des Anfechtungsgesetzes rechtskräftig verurteilt, eine auf ihn umgeschriebene Briefhypothek wieder in das Vermögen des bisherigen Gläubigers zurückzubringen, so enthält das rechtskräftige Urteil nach § 894 ZPO. die Willenserklärung der Abtretung und der Bewilligung und Beantragung der Umschreibung der Hypothek auf den bisherigen Gläubiger, ohne daß es des Nachweises der Annahme dieser Erklärung durch ihn bedarf (BGB. § 398).

b) ElsLothNotZ. **24** 293 (OLG. Colmar): Wenn in einem als rechtskräftig bescheinigten Urteile der Beklagte verurteilt ist, dem Kläger für eine urteilsmäßig geschuldete Summe und Zinsen Hypothek auf seine im Eigentumsbuch eingetragenen Grundstücke einzuräumen, ohne daß es einer Verteilung auf die einzelnen Grundstücke bedarf, so sind hierdurch die Voraussetzungen einer vertragsmäßigen Hypothek gegeben (§ 894 ZPO).

c) KGJ. **28** A 136: Ist durch Beschluß des Vollstreckungsgerichts eine Buchhypothek gepfändet und gleichzeitig dem Gläubiger an Zahlungsstatt überwiesen, so muß auf den Umschreibungsantrag des Gläubigers das Grundbuchamt sowohl die Pfändung als auch die Überweisung der Hypothek in das Grundbuch eintragen, ohne daß es des Nachweises, daß zunächst der Pfändungsbeschluß zugestellt ist, bedarf (Gaupp-Stein Anm. I zu § 835 ZPO.).

d) KGJ. **28** A 133, OLG. **10** 103 (KG.): Auf Grund einer Überweisung zur Einziehung kann eine gepfändete Hypothek oder Grundschuld auf den Namen des pfändenden Gläubigers nicht umgeschrieben werden.

3. a) BayOLG., R. **04** 108: Die Eintragung einer Hypothek erfolgt auf Bewilligung desjenigen, dessen Recht von ihr betroffen wird, ohne Rücksicht darauf, ob die Erklärung dem Gläubiger zugegangen oder von ihm angenommen ist.

b) OLG. **8** 305 (Dresden): Der Zustimmung des Gläubigers bedarf es nicht, wenn dieser durch die Änderung der Hypothekeintragung nur gewinnt, wenn z. B. lediglich der Schuldner sich verpflichtet, sein Kündigungsrecht nicht vor einem bestimmten Zeitpunkt auszuüben.

c) OLG. **8** 306 (KG.): Soll nach Abtretung einer Hypothek eine Vormerkung zur Sicherung des Rechtes des bisherigen Gläubigers auf Rückübertragung der Hypothek vorgemerkt werden, so bedarf es hierzu der Zustimmung des neuen Gläubigers.

d) BayOLG., SeuffBl. **04** 332: Wenn in einer Notariatsurkunde eine Hypothek vom Käufer eines Grundstücks als eigene Schuld übernommen wurde mit Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung, und zwar in bezug auf die Hypothek gegenüber jedem Eigentümer des Grundstücks (ZPO. § 800), so kann diese Erklärung in das Grundbuch eingetragen werden, ohne daß der Hypothekengläubiger seine Zustimmung erklärt hat (vgl. OLG. **4** 187).

4. OLG. **10** 84 (KG.): Ist eine Eintragungsbewilligung an einen Vorbehalt (Bedingung) geknüpft, so ist dessen Erledigung dem Grundbuchrichter in grundbuchmäßiger Form (GBO. § 29) nachzuweisen.

5. OLG. **10** 86 (KG.): Auf Grund der Eintragungsbewilligung kann eine Hypothek auch für ein erst zugesagtes Darlehn eingetragen werden, die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung jedoch erst dann, wenn das Darlehn wirklich gegeben ist, da eine vollstreckbare Urkunde über eine zukünftige — im Gegensatze zu einer zwar bedingten oder betagten, aber doch rechtlich schon bestehenden — Forderung nach § 794 Nr. 5 ZPO. unzulässig ist.

6. KGJ. **27** A 253: Soll bei dem Güterstande der Fahrnisgemeinschaft das von einem Ehegatten erworbene Grundstück als Gesamtgut eingetragen werden, so bedarf es hierzu einer ausdrücklichen Bewilligung des Erwerbers. Die aus den §§ 1550, 1527 BGB. sich ergebende Vermutung darf nicht vom Grundbuchrichter zur Grundlage einer Eintragung gemacht werden.

7. ElsLothNotZ. **24** 189 (LG. Colmar): Wenn in einem Kaufvertrage zur Sicherung des Kaufpreises die Eintragung einer Sicherungshypothek „im ersten Range" bewilligt wird, so kann der Antrag auf Eintragung dieser Hypothek zurückgewiesen werden, wenn nicht gleichzeitig der Nachweis erbracht wird, daß ältere Hypotheken nicht bestehen oder im Range zurückgetreten sind.

8. Über Abweichungen in den Namen des eingetragenen Berechtigten und des die Eintragung Bewilligenden s. Boden zu § 12 BGB.

§ 20. 1. Wie JDR. **2** Ziff. 2b zu § 20 GBO. wiederholt Kretzschmar, ZBlFG. **5** 343 bei Besprechung von Fuchs-Arnheim, Form. Grundbuchrecht. Ebenso Predari 380: Der Einigungswille bringt den Eintragungswillen zum Ausdruck — und umgekehrt.

2. BayOLG. **5** 165, R. **04** 226: Soweit für die Einigung eine bestimmte Form vorgeschrieben ist (BGB. §§ 925, 1015, 1017 Abs. 2), genügt die einseitige Bewilligung nicht. Da nach Art. 14 BayNotG. von 1861 Verträge, durch welche über Grundstücke oder Rechte an Grundstücken verfügt wird, der notariellen Beurkundung bedürfen, kann eine Reallast oder eine persönliche Dienstbarkeit auf Grund der einseitigen Erklärung des Bestellers ebensowenig eingetragen werden, wie der Übergang des Eigentums auf Grund der einseitigen Erklärung des bisherigen Eigentümers.

Vgl. auch zu § 925 BGB.

§ 21. Predari 407 widerruft seine gegenteilige Meinung 129 — JDR. **2** Ziff. 2 zu § 21 — und sieht nunmehr in dem § 21 eine die §§ 876, 877 BGB. ergänzende Norm, deren Inhalt dahin geht: In den Fällen des § 876 Satz 2 und des § 877 BGB. ist die Zustimmung des Dritten zu der Aufhebung oder Änderung des belasteten Rechtes nur erforderlich, wenn dieses auch auf dem Blatte des anderen Grundstücks vermerkt ist.

§ 22. 1. Das OLG. Colmar, OLG. **9** 332, R. **04** 304, ElsLothNotZ. **24** 328 erachtet den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs für entbehrlich, wenn außer der Zustimmung des als Eigentümer Einzutragenden auch die Zustimmung des als Eigentümer Eingetragenen in beglaubigter Form vorliegt. Dagegen a. a. O. Anm. 1 unter Hinweis auf OLG. **6** 114 (KG.) — KGJ. **25** A 286 — und unter Hervorhebung des Bedenkens, daß die Beteiligten Auflassungserklärungen dadurch umgehen könnten, daß sie mit der Behauptung, eine Eintragung sei unrichtig, die Berichtigung beantragen.

2. KGJ. **27** A 276: Nach Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft können die bisher auf den Namen der Firma eingetragenen Grundstücke nicht im Wege der Grundbuchberichtigung auf die letzten Firmeninhaber als Miteigentümer zur gesamten Hand umgeschrieben werden, sondern es bedarf der gegenseitigen Auflassung unter Angabe des jedem Gesellschafter zufallenden Bruchteils. Vgl. auch bei § 925 BGB.

3. KGJ. **27** A 245, OLG. **8** 309 (KG.): Eine Berichtigung im Sinne des § 22 ist nicht die Beseitigung von bloßen Schreibfehlern, von versehentlichen Beschreibungen, von unzutreffenden Bezeichnungen usw., da die Änderung für den Inhalt des eingetragenen Rechtes und für den Rechtserwerb von keiner Bedeutung ist. Eine solche Richtigstellung hat der Grundbuchrichter von Amts wegen vorzunehmen, da er darauf zu achten hat, daß die Eintragungsvermerke nicht Fehler in der Form enthalten (Abänderung von „Schulgemeinde G" in „Schule"). Dagegen hält OLG. **8** 311 (Colmar) die Eintragung eines Widerspruchs für erforderlich, wenn der Vorname eines Hypothekengläubigers falsch angegeben ist.

4. Abs. 2. Förster, R. **04** 91, wendet sich gegen KGJ. **26** A 245 — JDR. **2** Ziff. 11 c zu § 22 Abs. 2 GBO. — Nach seiner Ansicht ist die Berichtigung des Grundbuchs (durch Eintragung des wahren Erwerbers) zulässig, wenn der zu Unrecht Eingetragene ihr zustimmt oder die Unrichtigkeit in einer der im § 29 GBO. vorgeschriebenen Formen anerkennt. Gegen ihn verteidigt Falkmann die Entsch. des KG. im ZBlFrG. **5** 302.

§ 23. RJA. **4** 181 (KG.): Kann die Löschung einer auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkten Reallast wegen möglicher Rückstände nur mit Genehmigung der Rechtsnachfolger erfolgen, so bedarf der Vormund eines Miterben zur Bewilligung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

§ 27. 1. Wie JDR. **2** Ziff. 1 g zu § 27 auch PosMschr. **04** 38 (KG.).

2. OLG. **8** 209, RJA. **4** 168 (KG.): Ist einer der Miteigentümer zur Verfügung über die Hypothek nicht berechtigt, so ist seine Zustimmungserklärung durch die Erklärung desjenigen zu ersetzen, der das Verfügungsrecht mit Wirkung für ihn, sei es als Vertreter, sei es aus eigenem Rechte, ausübt. Sind die Miteigentümer Ehegatten in Gütergemeinschaft und gehört das Grundstück zum Gesamtgute, so genügt, sofern nicht eine Schenkung vorliegt (BGB. § 1443), die Zustimmung des Ehemanns.

3. *Brand, Grundbuchsachen 225 Anm. 1: Es empfiehlt sich im Interesse der Beteiligten, der Kostenersparnis wegen die Quittung in Fällen, wo sie nicht erforderlich ist, also z. B. wenn sich die Löschung an die Bewilligung anschließt, fortzulassen.

§ 28. RheinNotZ. **49** 227 (LG. Aachen): Bei der Auflassung eines im Grundstückszusammenlegungsverfahren befindlichen Grundstücks ist der Vorschrift des § 28 genügt, wenn bei der Auflassungserklärung das Grundstück mit der Katasterbezeichnung des neuen Planes bezeichnet und dem Grundbuchamte mit dem Umschreibungsantrag Abfindungsbescheinigung der Generalkommission vorgelegt wird.

§ 29. A. Öffentliche Urkunden.

1. PosMschr. **04** 115 (LG. Stettin): Zur Vollstreckung eines gegen eine Ehefrau erlassenen Versäumnisurteils, in dem sie als Gewerbefrau bezeichnet ist, in ein Grundstück muß der Nachweis, daß die Voraussetzungen des § 741 ZPO. vorliegen, durch öffentliche Urkunden geführt werden. Eine entsprechende Bezeichnung des Verurteilten im Versäumnisurteile genügt nicht, da dieses nur auf Parteibehauptungen ergeht.

2. OLG. **10** 68 (KG.): Für den Grundbuchverkehr kann die von einem verstorbenen Berechtigten erteilte Vollmacht nur dann als ausreichender Nachweis der Vertretungsmacht zugelassen werden, wenn sich ihre Fortgeltung über den Tod hinaus entweder aus der Vollmachtsurkunde selbst ergibt oder wenn durch öffentliche Urkunden dargetan ist, daß der Vollmacht ein Rechtsverhältnis zugrunde liegt, das auch nach dem Tode des Machtgebers in Geltung geblieben ist.

3. *Zwand, DJZ. **04** 642: Im Sinne des § 29 GBO. ist auch der Anwalt „Urkundsperson". Die von ihm gemäß § 198 ZPO. erteilte „Empfangsbescheinigung" steht einer „öffentlichen" Urkunde gleich („Zustellungsnachweis"). Dem Grundbuchamte gegenüber ist mit deren Vorlage — z. B. bei Anträgen auf Eintragung einer Zwangshypothek — (vgl. §§ 866, 867, 81 ZPO.) genügt, wenn die mit der Vollstreckungsklausel und Bescheinigung der Rechtskraft versehene Urteilsausfertigung beigefügt ist.

Vgl. ElsLothNotZ. **24** 76, OLG. **8** 153 (Colmar).

4. LG. Ravensburg, WürttZ. **46** 106: Die Führung des im § 29 geforderten Nachweises kann (in Württemberg) nicht durch Vorlage eines Protokollauszugs des Nachlaßgerichts oder durch Verweisung auf das Protokoll geführt werden, da dieses Protokoll nur für die Verhandlung des Nachlaßgerichts und die vor diesem abgegebenen Erklärungen bestimmt ist.

5. Sparkassen. Vgl. JDR. **2** Ziff. 4 zu § 29, Ziff. 5b zu § 39, Ziff. 2 zu §§ 93—97 GBO.

a) KGJ. **28** A 71, OLG. **9** 357, R. **05** 112 (KG.): Die auf Grund des preußischen Sparkassenreglements vom 12. Dezember 1838 begründeten kommunalen Sparkassen sind nicht juristische Personen, sondern eine Einrichtung des betreffenden Kommunalverbandes, welcher der Träger des Sparkassenvermögens ist. Bezugnahme auf OLG. **8** 204, JDR. **2** Ziff. 2 zu §§ 93—97.

b) KGJ. **28** A 246: Ist in dem Statut einer kommunalen Sparkasse die Vertretung nach außen der Verwaltungsdeputation übertragen, so müssen die für die Außenwelt bestimmten Urkunden von allen Mitgliedern unterzeichnet werden, und zwar auch dann, wenn für die Beschlußfassung ein Teil der Mitglieder genügt.

c) OLG. **9** 361 (KG.): Als Siegel einer Kreissparkasse (Art. 9 preuß. AGGBO.) genügt das des Landrats; die etwa im Gebrauche befindlichen besonderen Siegel der Sparkasse sind für die Ausstellung rechtsgeschäftlicher, die Sparkasse verpflichtender Urkunden ohne Bedeutung.

d) KGJ. **28** A 249: Ist zur Verwaltung einer kommunalen Sparkasse ein organisierter und mit Selbständigkeit bezüglich seiner Geschäftsführung ausgestatteter Vorstand bestellt, so ist dieser auch ohne besondere Ermächtigung (in Preußen) zur Führung eines Dienstsiegels befugt, dessen Inschrift die Behörde als solche bezeichnet.

e) OLG. Darmstadt, HessRspr. **5** 113: Hessische Sparkassen, die einem öffentlichen Organismus angegliedert sind, erscheinen als Anstalten des öffentlichen Rechtes, denen auch ohne Verleihung die Rechtsfähigkeit zukommt. Dagegen schließt sich ein Ausschreiben des großh. hessischen Just.Min. vom 11. 8. 04 (HessRspr. **5** 118) der Begründung des KG. (OLG. **8** 204) hinsichtlich der Gemeinde- und Kreissparkassen an, während die Bezirkssparkassen (Art. 2 des Ges. über die öffentlichen Sparkassen) als rechtsfähige Vereine angesehen werden.

6. Wegen der Rechtsverhältnisse der rheinischen Landbürgermeistereien . KGJ. **28** A 76.

B. Öffentlich beglaubigte Urkunden.

1. OLG. **8** 220 (KG.): Ein zum Nachweise der selbständigen Verwaltung einer städtischen Sparkasse (KGJ. **26** A 255) vorgelegtes Sparkassenstatut muß zwar beglaubigt sein, es kann aber nicht schlechthin der Nachweis verlangt werden, daß es inzwischen nicht abgeändert worden sei, es müßte denn im einzelnen Falle Grund zu einer entgegenstehenden Annahme gegeben sein.

2. OLG. **10** 90 (KG.): Änderungen in wesentlichen Bestandteilen einer beglaubigten Urkunde müssen beglaubigt werden.

C. Offenkundige Tatsachen.

SächsOLG. **26** 42, SeuffA. **59** 342 (Dresden): Offenkundigkeit bedeutet das eigene amtliche Wissen des Richters im Gegensatze zu seiner auf beigebrachte Beweise gestützten Überzeugung.

§ 30. 1. ElsLothNotZ. **24** 76, OLG. **8** 153 (Colmar): Im landgerichtlichen Prozesse geht die Prozeßvollmacht des Anwalts aus dem Urteile hervor (§§ 162, 81 ZPO.). Eines weiteren Nachweises der Bevollmächtigung bedarf es bei Vorlage des Urteils auch dem Grundbuchamte gegenüber nicht. A. M. Iwand, DJZ. **04** 642.

2. *Brand, Grundbuchsachen 298: In einer Generalvollmacht brauchen nicht etwa die einzelnen Arten von Geschäften, zu deren Vornahme der Bevollmächtigte befugt sein soll, besonders hervorgehoben zu werden, da es jetzt Geschäfte, zu denen Sondervollmacht erforderlich ist, von einzelnen hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen, nicht mehr gibt. Die auch jetzt noch oft in Generalvollmachten sich vorfindenden Vermerke wie: „insbesondere soll er befugt sein, Grundstücke für mich zu veräußern, zu erwerben, zu belasten usw." sind also völlig überflüssig.

§ 31. Die JDR. **2** zu § 31 erwähnte Frage wird — entgegen dem Erlasse des preuß. JM. vom 16. 3. 01 — bejaht von Oberneck (3) I 207.

§ 33. 1. OLG. **8** 313, R. **04** 226, ElsLothrZ. **29** 478, ZBl. FrG. **5** 330 (Colmar): Die Beweiskraft der Handelsregisterauszüge ist nicht ohne weiteres auf die Zeit ihrer Erteilung beschränkt, vielmehr spricht die Vermutung dafür, daß die Vertretung, wenigstens für die nächste Zeit, so geblieben ist, wie sie damals geordnet war. Es ist in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob besondere Umstände vorliegen, welche die Beweiskraft der Auszüge über den Zeitpunkt ihrer Erteilung hinaus nicht zulassen. Vgl. JDR. **2** Ziff. 1 zu § 33 GBO.

2. LG. Stolp, PosMschr. **04** 143: Genossenschaften werden nach § 24 Abs. 1 GenossG. durch ihren Vorstand vertreten. Lediglich auf die Frage, ob die erschienenen Vorstandsmitglieder an sich vertretungsberechtigt sind, hat sich die Prüfung des Grundbuchamts zu erstrecken, nicht aber, ob ein Beschluß der Generalversammlung, der den Grundstücksverkauf billigt und den Vorstand zur Auflassung ermächtigt, ergangen oder ob die Generalversammlung ordnungsmäßig verlaufen ist.

§ 34. 1. *O. Brachvogel, ElsLothZ. **29** 420: Dem Grundbuchamte braucht das Bestehen der Gütergemeinschaft nicht nachgewiesen zu werden, wenn der Ehemann, der das Eigentum an einem Grundstück erworben hat (bei oder nach der Auflassung) die Eintragung für die Gütergemeinschaft bewilligt hat. Das Grundbuchamt hat sich nach dem formellen Konsensprinzipe der GBO. mit der Erklärung des leidenden Teiles (des erwerbenden Ehegatten) zu begnügen, daß das von ihm Erworbene gemäß § 1438 BGB. gemeinschaftlich geworden sei. Dazu hat im Falle des Erwerbes durch die Ehefrau noch — in Übereinstimmung mit dem in §§ 20 u. 22 Abs. 2 GBO. enthaltenen Grundsatz — die Erklärung der Annahme durch den Verwalter der Gütergemeinschaft, den Ehemann, zu treten.

2. SächsOLG. **26** 42, SeuffA. **59** 342 (Dresden): Von dem im § 34 geforderten Nachweise muß nicht schon deshalb abgesehen werden, weil dasselbe Gericht in einem früher seitens der Antragstellerin anhängig gemachten Prozeß als erwiesen angesehen hat, daß Gütertrennung bestehe.

3. Schauß, DNotVZ. **4** 88: Im Geltungsgebiete des früheren rheinischen Rechtes kann bei den vor dem 1. 1. 00 geschlossenen Ehen das Bestehen der Gütergemeinschaft durch Urkunden nachgewiesen werden (§ 24 rheinEG. z. preuß.

GBO. vom 12. April 1888, insoweit aufrecht erhalten durch Art. 33 PreußAG. z. GBO). Als solche Urkunden genügen außer Eheverträgen die Anlegungsakten oder die bestehenden Grundbuchartikel. Vgl. OLG. Cöln und LG. Trier, Rhein. NotZ. **00** 205 u. **02** 249.

§ 36. 1. OLG. **9** 333 (KG.): Wenn zum Nachweise der Erbfolge neben der Verfügung von Todeswegen, auf der die Erbfolge beruht, noch der gemäß § 2355 BGB. ausgestellte Erbschein vorgelegt wird, hat der Grundbuchrichter nur den Inhalt des Erbscheins zu berücksichtigen und nicht auf eine vom Erbschein abweichende Auslegung der in der letztwilligen Verfügung enthaltenen Bestimmungen einzugehen. Vgl. OLG. **5** 430, IDR. **2** Ziff. 5 zu § 36 GBO. und Spätt, SeuffBl. **04** 109.

2. Abs. 1 Satz 2.

a) OLG. **9** 335 (KG.): Der Satz 2 des § 36 Abs. 1 ist nicht dahin auszulegen, daß es der Willkür des Grundbuchrichters überlassen ist, ob er eine Eintragung auf Grund eines öffentlichen Testaments vornehmen will oder nicht. Vielmehr hat der Grundbuchrichter eine ihm vorgelegte Verfügung von Todeswegen nach ihrer äußeren Form und nach ihrem Inhalte zu prüfen und darf eine Eintragung auf Grund ihrer nur dann versagen, wenn die Urkunde zu wirklichen Zweifeln Anlaß gibt. Vgl. KGJ. **24** A 223, OLG. **6** 15, IDR. **2** Ziff. 8 zu § 36 GBO. Die Zweifel müssen ihren Grund in tatsächlichen Verhältnissen haben, während den Rechtsinhalt des Testaments der Grundbuchrichter stets zu prüfen hat, da er das Recht in gleicher Weise kennen muß, wie der zur Ausstellung der Erbscheins berufene Nachlaßrichter. OLG. **10** 94 (KG.)).

b) OLG. **9** 438 (KG.): Der Grundbuchrichter kann die Vorlegung eines Erbscheins verlangen, wenn Kinder, die noch geboren werden sollen, in einem Testament als Nacherben eingesetzt sind, zum Nachweise, ob inzwischen solche Kinder vorhanden sind, damit sie möglichst mit Namen ins Grundbuch eingetragen werden können.

c) LG. Stolp, PosMschr. **04** 165: Der Grundbuchrichter kann die Vorlegung eines Erbscheins fordern, wenn ersichtlich ist, daß das ihm vorgelegte Testament von einem nach dessen Errichtung geborenen Pflichtteilsberechtigten gemäß § 2079 BGB. angefochten werden kann.

d) Feist, R. **04** 190: Der Nachweis der Erbfolge kann, wenn alle Miterben bis auf einen zugunsten dieses einen über ihre Anteile am Nachlasse durch Übertragung der Anteile verfügt haben, nur durch einen Erbschein geführt werden, der das Alleinerbrecht des Erwerbers der Erbteile bezeugt.

3. Wegen des Nachweises der Erbfolge bei Umschreibungen im Hypothekenbuche nach Bayerischem Rechte s. SeuffBl. **04** 574 (BayrOLG.).

4. Abs. 2. RJA. **4** 265, ZBlFrG. **5** 463, KGJ. **28** A 283 (KG.): Der Testamentsvollstrecker kann die Annahme seines Amtes gegenüber dem Nachlaßgerichte wirksam allerdings privatschriftlich erklären (BGB. § 2202). Zum Nachweise seiner durch die Annahme bedingten Legitimation gegenüber dem Grundbuchamt ist aber, wenn er nicht ein Zeugnis gemäß § 36 Abs. 2, sondern nur die letztwillige Verfügung mit Eröffnungsverhandlung gemäß § 36 Abs. 1 Satz 2 vorlegt, noch erforderlich, daß er durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde die Annahme dartut. Offenkundig wird die Tatsache der Annahme nicht dadurch, daß der Grundbuchrichter die Nachlaßakten einsieht und darin die Annahmeerklärung findet, vielmehr wird nur durch diese als Privaturkunde bewiesen, daß Personen, die den Namen der Testamentsvollstrecker tragen, die Annahme des Amtes erklärt haben. Ein solcher Nachweis entspricht nicht

der zwingenden Vorschrift des § 29. Ohnehin ist der Grundbuchrichter nicht verpflichtet, die Echtheit einer Privaturkunde zu prüfen. Vgl. KGJ. 25 A 284.

§ 37. BöhmsZ. 13 594 (VO. des BadJM. vom 2. November 1903): Als nachlaßgerichtliche Zeugnisse im Sinne des § 37 können Zeugnisse ausländischer (schweizerischer) Behörden nicht gelten.

§ 39. 1. BreslAK. 04 4 (KG.): Dem Grundbuchrichter unterliegt gegenüber dem Eintragungsersuchen einer Behörde nur die Prüfung der Frage, ob die Behörde zu Ersuchen von Eintragungen der beantragten Art gesetzlich berufen ist. Dagegen hat er nicht zu untersuchen, ob die Voraussetzungen für die Anordnung der Eintragung vorliegen und ob die Anordnung ihrem Inhalte nach gesetzlich zulässig ist. Nur Anstände, die sich aus dem Grundbuch ergeben und einem jeden Eintragungsantrag entgegenstehen, können auch gegenüber einem Eintragungsersuchen geltend gemacht werden.

2. KGJ. 27 A 255, PosMschr. 04 79 (KG.): Das Grundbuchamt ist nicht berechtigt, das Ersuchen der Enteignungsbehörde (des Bezirksausschusses) um Eintragung des Unternehmers als Eigentümers des enteigneten Grundstücks deshalb zu beanstanden, weil nicht die im Enteignungsverfahren als Eigentümer zugezogenen, sondern andere Personen im Grundbuch als Eigentümer eingetragen seien. Als „Eigentümer", dem nach § 44 EnteigG. der Enteignungsbeschluß zuzustellen ist, kann nur derjenige verstanden werden, welcher von der Enteignungsbehörde im Verfahren als legitimierter Entschädigungsberechtigter angesehen und behandelt worden ist. Mit der Zustellung geht bereits das Eigentum auf den Unternehmer über. Vgl. auch Ziff. 3 zu § 42 GBO.

3. *Spieß, ZBlFrG. 4 745, 746, 749 ff.: Zu den im § 39 bezeichneten Behörden gehören in Preußen auch die Auseinandersetzungsbehörden im agrarischen Auseinandersetzungsverfahren, und zwar sind diese nicht nur befugt und verpflichtet, die Berichtigung der Grundbücher durch Übernahme der Ergebnisse des Verfahrens zu veranlassen, sondern nach Art. 14 preuß. AGGBO. auch berechtigt, schon zu Beginn des Verfahrens die Eintragung des wahren Eigentümers an Stelle eines nicht berechtigten Bucheigentümers eines alten Grundstücks nachzusuchen, wobei indes die sog. erleichterte Legitimationsführung eines Eigentumsprätendenten als Grundlage für dessen Eintragung nicht genügt.

Bei dem Ersuchen um Übernahme der Auseinandersetzungsergebnisse ins Grundbuch darf sich die Behörde nicht darauf beschränken, die Eintragung der Abfindungsgrundstücke an Stelle der alten zu beantragen, sondern es muß ihr Antrag dahin gehen, die Rezeßempfänger als Eigentümer der Abfindungen einzutragen.

4. a) KGJ. 28 A 171, OLG. 9 323 (KG.): Das Heroldsamt ist nur soweit antragsberechtigt, als es sich um die Zugehörigkeit jemandes zum preußischen Adel handelt oder um die Frage, ob preußische Staatsangehörige in Preußen der ihnen von fremden Staaten verliehenen Standeserhöhungen sich bedienen dürfen. Wird fraglich, ob jemand, welcher als Ausländer sich eines ausländischen Adelstitels bedient, wirklich Ausländer ist, so ist die Entscheidung über die Frage der Staatsangehörigkeit nicht Sache des Heroldsamts. Der Nachweis der Berechtigung braucht nicht notwendig durch öffentliche Urkunden geführt zu werden, da er weder das eingetragene Recht noch die Identität des Berechtigten betrifft.

b) Gegen die Richtigkeit der Entsch. KGJ. 25 A 88 — JDR. 2 Ziff. 5 c zu § 39 GBO. — wendet sich Götze, Iherings J. 48 410, s. bei § 12 BGB. Das KG. hat selbst seine frühere Ansicht über die Maßgeblichkeit der Entscheidung des Heroldsamts nicht aufrecht erhalten. KGJ. 28 A 167, OLG. 10 43 (KG.): Wird auf dem Gebiete der freiw. Gerichtsbarkeit, z. B. bei Eintragungen in Register

streitig, ob jemand zur Führung des Adels berechtigt ist, so hat das Gericht selbst die Berechtigung zu prüfen, ohne an die Ansicht des Heroldsamts gebunden zu sein. Nur soweit eine Verdunkelung des Adels im Sinne des § 95 II 9 ALR. vorliegt, steht dem Heroldsamt ausschließlich die Entscheidung darüber zu, ob die Familie sich des Adels wiederum bedienen kann. Ebenso hat dieses auch darüber, ob eine Verdunkelung der gedachten Art vorliegt, allein zu entscheiden.

§ 40. 1. Wie JDR. **2** Ziff. 3 zu § 40 GBO. auch OLG. Rostock, MecklZ. **23** 34, ZBlFrG. **5** 225, unter Beschränkung der Nichtanwendbarkeit des § 40 Abs. 1 auf den Fall, daß der derzeitig eingetragene Grundstückseigentümer über eine ihm zugefallene Post verfügen will.

2. OLG. **8** 317 (KG.), KGJ. **27** A 263, SeuffA. **59** 487, SchlHolstAnz. **04** 190, NaumbAK. **04** 60: Erben (oder Vorerben), die ein ererbtes Grundstück mit einer Hypothek belasten wollen, müssen sich zuvor als Eigentümer eintragen lassen, auch wenn dem Vorerben testamentarisch die Befugnis eingeräumt ist, durch Verfügungen die Substanz des Nachlasses zu verändern und zu verringern.

3. OLG. **8** 315 (KG.): Ist einem Miterben bei der Erbauseinandersetzung eine Buchhypothek zugefallen, so ist seine vorgängige Eintragung als Gläubiger Voraussetzung der Löschung. Ergibt die Quittung, daß der frühere Eigentümer des Grundstücks die Hypothek getilgt hat, so muß er zunächst als Gläubiger eingetragen werden. Denn hat er durch Zahlung die Hypothek als solche oder als Grundschuld erworben, so ist sie ihm bei der Weiterveräußerung verblieben und er hat, nachdem er vor der Löschung als Gläubiger eingetragen ist, die Löschungsbewilligung zu erteilen.

4. Einer Nichteintragung steht es gleich, wenn der Berechtigte unrichtig oder unvollständig eingetragen ist. OLG. **9** 336 (Colmar).

5. KGJ. **28** A 289, OLG. **9** 354, RJA. **4** 267: Zur Löschung einer Gesamthypothek auf einem Nachlaßgrundstücke bedarf es nicht der vorgängigen Eintragung der Erben, da es sich lediglich um eine Berichtigung des Grundbuchs handelt (BGB. § 1173) und, sofern eine Zustimmung der Erben zur Löschung für erforderlich erachtet würde (vgl. § 27 Abs. 1 GBO.), doch ihre zuvorige Eintragung mit Rücksicht auf § 41 Abs. 1 GBO. unterbleiben könnte. Vgl. Turnau-Förster II 289 Note 8.

6. OLG. **8** 314 (KG.), KGJ. **27** A 260, SchlHolstAnz. **04** 187, SeuffA. **59** 455, RJA. **4** 126, R. **04** 295, ZBlFrG. **5** 78: Zerlegt ein Grundstückseigentümer, soweit nicht landesrechtliche Teilungsverbote (EGBGB. Art. 119 Nr. 2) bestehen, ein grundbuchmäßig einheitliches Grundstück in mehrere selbständige Grundstücke, so bedarf es nicht der vorgängigen Eintragung seines Eigentums im Sinne des § 40, da durch die beantragte Zerlegung das Eigentum in seinem Bestande nicht berührt wird. Eine Berichtigung des Grundbuchs, die eine bereits eingetretene Rechtsänderung zum Gegenstande hätte, steht nicht in Frage.

7. Abs. 2. NaumbAK. **04** 84 (OLG. Naumburg): Bei Vorlegung einer gültigen Abtretungserklärung hat der Grundbuchrichter nicht zu prüfen, ob diese dem neuen Gläubiger gegenüber gültig abgegeben und von diesem angenommen ist.

8. Wie JDR. **2** Ziff. 7 zu § 40 wiederholt OLG. **10** 94 (KG.) insbes. gegen Schweitzer, Gruchots Beitr. **45** 558. Dagegen Brand, Grundbuchsachen 103: Praktischer ist die gegenteilige Ansicht, daß die Erben des nicht eingetragenen Briefhypothekars abtreten können, ohne sich vorher eintragen zu lassen. Auch Oberneck (3) I 185 und DNotVZ. **03** 154 ff. bekämpft die Ansicht des KG. und befürwortet eine ausdehnende Auslegung des § 1155 BGB., ebenso Predari,

239 Anm. 19, welcher hervorhebt, daß der Erbe einer Buchhypothek ohne Eintragung die Buchhypothek abtreten kann, da er der Erbe des eingetragenen Berechtigten ist, während nach der von ihm bekämpften Ansicht der Erbe einer Briefhypothek, dessen Eigentümer nicht eingetragen ist, obgleich er als eingetragener Hypothekar gemäß § 1155 BGB. angesehen wird, ohne vorhergehende Eintragung nicht verfügen soll.

§ 41. 1. KGJ. **28** A 285, RJA. **4** 263: Dem unmittelbaren Erben steht nicht nur der Erbeserbe, sondern auch der Käufer eines Erbanteils (BGB. § 2032) gleich.

2. Methner, R. **04** 74, wendet sich gegen die Auffassung, die aus der Begründung der reichsgerichtlichen Entscheidung (**53** 298) — vgl. JDR. **2** Ziff. 1 zu § 41 — hergeleitet werden könnte, daß nämlich die Eintragungsbewilligung eines Nachlaßpflegers oder die gegen den Erbeserben des eingetragenen Berechtigten wirksame Eintragungsbewilligung eines Testamentsvollstreckers den Erbeserben in allen Fällen der Notwendigkeit enthebe, sich als Berechtigter eintragen zu lassen, bevor eine Eintragung, durch die sein Recht betroffen wird und die nicht die Übertragung oder Aufhebung des Rechtes zum Gegenstande hat, erfolgen kann. Denn bei mehrfacher Vererbung ist auch der Fall in Betracht zu ziehen, daß der Nachlaß eines Erben des eingetragenen Berechtigten durch einen Nachlaßpfleger oder Testamentsvollstrecker verwaltet und durch ihn die Eintragungsbewilligung erklärt wird. Hier muß die Anwendung des § 41, soweit er von der Eintragungsbewilligung des Nachlaßpflegers oder Testamentsvollstreckers handelt, versagen, da es nicht angängig erscheint, unter Nachlaßpfleger und Testamentsvollstrecker im Sinne des § 41 etwas anderes zu verstehen, als die zum Pfleger des Nachlasses des eingetragenen Berechtigten bestellte oder zum Vollstrecker seines Testaments ernannte Person. Der Standpunkt des Gesetzes ist offenbar der, daß die Eintragungsbewilligung des Nachlaßpflegers und die gegen den Erben wirksame Eintragungsbewilligung des Testamentsvollstreckers gleiche Kraft haben sollen, wie die Eintragungsbewilligung des Erblassers.

3. KGJ. **27** A 258, RJA. **4** 179 (KG.), PosMschr. **04** 165 (LG. Stettin): Die Teilhaber der fortgesetzten Gütergemeinschaft sind nicht „Erben" des verstorbenen Ehegatten im Sinne des § 41 (BGB. § 1483), deshalb müssen, wenn über ein zu dem früheren Gesamtgute gehörendes Grundstück verfügt werden soll, zuvor der überlebende Ehegatte und dessen eigene Kinder mit dem Vermerke der Fortsetzung der Gütergemeinschaft in das Grundbuch eingetragen werden. Vgl. JDR. **2** Ziff. 5 h zu § 40 GBO. Zweifelnd Oberneck (3) I 181.

4. Wie RJA. **3** 250 (KG.) — JDR. **2** Ziff. 7 d zu § 41 GBO. — auch KG., SchlHolstAnz. **04** 186 und OLG. Rostock, MecklZ. **23** 35. Dagegen LG. Darmstadt, HessRspr. **5** 14: „Erbe" im Sinne des § 41 ist nur der „Vorerbe", denn nur dessen Recht wird von der Eintragung betroffen, nicht auch dasjenige des Nacherben, das (als dingliches Recht) selbst bei nicht befreiter Vorerbschaft durch die Veräußerung unberührt bleibt. Der Grundbuchrichter darf daher die Auflassung des Vorerben, die ohne Einwilligung des Nacherben erfolgt ist, selbst bei nicht befreiter Vorerbschaft nur dann ablehnen, wenn der Vorerbe unbeschränkte Übereignung des Grundstücks auf den Erwerber beantragt, dagegen dann nicht, wenn der Vorerbe die Überschreibung des Eigentums als eines durch das einzutragende dinglich wirkende Recht des Nacherben nur beschränkten Eigentums bewilligt und beantragt. Der Grundbuchrichter hat dann das Eigentum des Erwerbers und gleichzeitig auf dem neuen Grundbuchblatte des Erwerbers das sein Eigentum beschränkende Recht des Nacherben in Abt. II einzutragen. Soweit der Vorerbe nach § 2136 BGB. befreit ist, hat er unbe-

schränktes Eigentum am Nachlasse des Erblassers und darf daher die unbeschränkte Auflassung an den Erwerber bewilligen.

Gegen das KG. auch LG. Meiningen, NaumbAK. **04** 20 für den Fall der befreiten Vorerbschaft: Als Passivbeteiligte sind nur solche zu erachten, die infolge der Eintragung unmittelbar eine Beeinträchtigung ihres materiellen Rechtes erleiden. Auszuscheiden sind daher nicht nur rein obligatorische Rechtsbeziehungen, sondern auch diejenigen dinglichen, welche den Inhalt einer anderweiten, ebenfalls an dem Grundstücke bestehenden umfassenden Rechtsbeziehung zwar einschränken, im übrigen aber insbes. in Ansehung der durch das umfassendere Recht gewährten Verfügungsmacht über das Grundstück nicht alterieren. In solcher Rechtsbeziehung befindet sich z. B. der Hypothekengläubiger der Eintragungsbewilligung gegenüber, welche der bisherige Eigentümer einem anderen Erwerber des Grundstücks erteilt. Und nicht anders ist in der in Frage stehenden Richtung die Rechtsstellung des Nacherben dem befreiten Vorerben gegenüber, soweit es sich nicht um unentgeltliche Verfügungen handelt (§ 2113 Abs. 2). Zur Prüfung, ob ein entgeltliches oder unentgeltliches Rechtsgeschäft vorliegt, ist der Grundbuchrichter, da es sich um die formale Legitimation des Berechtigten handelt, berechtigt und verpflichtet. Der § 52 betrifft lediglich den Fall einer bereits im Grundbuch aus irgendwelchem Grunde erfolgten Eintragung des Vorerben.

5. Sekler, Wesen der Vormerkung 101: Der § 41 findet auf Vormerkungen nicht Anwendung, auch wenn es sich um die Aufhebung oder Übertragung eines Rechtes handelt. A. M. Achilles-Strecker 272, Turnau-Förster II 247.

§ 42. 1. Die Nichtbefolgung der §§ 42, 43, 62, 70 hat auf die Rechtswirksamkeit der Eintragung keinen Einfluß. OLG. **8** 319 (KG.), OLG. **10** 97 (Rostock), wo ferner entschieden ist, daß auch bei lastenfreier Abschreibung einer Trennfläche von dem mit Grundschulden belasteten Grundstück § 42 Anwendung findet.

2. OLG. **8** 230 (KG.): Die Vorschrift des § 42 greift auch Platz, wenn eine Eintragung durch einstweilige Verfügung angeordnet ist. Ebenso Sekler, Wesen der Vormerkung 102.

3. KGJ. **28** A 105, OLG. **9** 338: Zu den allgemeinen Voraussetzungen der Eintragung auf Ersuchen einer Behörde ist auch die Vorlegung des Briefes zu rechnen. Ausnahmen sind sowohl reichs- wie landesgesetzlich in einzelnen Fällen vorgesehen, so im Falle des § 42 Abs. 1 Satz 2 und § 54 Abs. 2 GBO. und nach den §§ 131, 158 ZwVerstG., ferner (in Preußen) nach Artt. 20 Abs. 2, 26 AGGBO., Art. 21 Nr. IV AGBGB. Das preußische Enteignungs-Gesetz enthält zwar (wie z. B. Art. 19 des bayerischen AGGBO.) keine entsprechende Vorschrift, es ist aber anzunehmen, daß für die infolge einer Enteignung notwendig werdenden Eintragungen lediglich der § 33 des EnteignGes. maßgebend ist, wonach die Eintragung einer dem Grundstück auferlegten Beschränkung lediglich auf Ersuchen des Bezirksausschusses erfolgt, ohne daß es bei den Rechten, denen nunmehr die eingetragene Beschränkung im Range vorgeht, eines entsprechenden Vermerkes auf dem Briefe bedarf. Eine solche Vorlegung ist auch nicht erforderlich, da infolge Substituierung der Entschädigungssumme die Sicherheit des Briefbesitzers durch die Eintragung nicht beeinträchtigt wird. Werden jedoch die Briefe nachträglich vorgelegt, so ist auf ihnen in entsprechender Anwendung des Art. 20 Abs. 2 preuß. AGGBO. und Art. 21 Nr. IV preuß. AGBGB. die Eintragung zu vermerken.

§ 45. 1. Josef, AzivPr. **96** 215 (die Tagesstunde im Rechtsverkehr): Das Vorliegen einer „Eintragung“ wird nicht dadurch beeinflußt, daß dem

Eintragungsvermerke die Unterschrift oder das Datum fehlt oder daß der Gerichtsschreiber eine beabsichtigte Vervollständigung unterlassen hat. Ist die Eintragung ohne richterliche Anweisung (z. B. weil der Gerichtsschreiber den Entwurf der Eintragungsverfügung als durch den Richter vollzogen ansah, oder in Erwartung richterlicher Genehmigung eine Eintragung vornahm) oder ohne die mechanische Mitwirkung gerade des Gerichtsschreibers (z. B. durch den Richter oder einem unberufenen Lohnschreiber) erfolgt, so kann derjenige, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, die Eintragung eines Widerspruchs oder die Löschung (§ 71 Abs. 2) nicht verlangen, wenn der Eintragung die vorgeschriebene Bewilligung (§ 19) zugrunde liegt. Aber selbst wenn eine Bewilligung des Betroffenen nicht vorliegt, begründet die Eintragung das dingliche Recht und genießt den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (BGB. § 892).

2. *Brand, Grundbuchsachen 108: Um Irrtümer und Unrichtigkeiten der Eintragungen im Grundbuch und in der Tabelle zu vermeiden, werden in Preußen von den Grundbuchbeamten gemeinschaftlich die Eintragungen mit den ergangenen Verfügungen verglichen. Es geschieht dies regelmäßig in der Weise, daß der Grundbuchführer die Verfügung des Richters vorliest und der Richter hierbei prüft, ob das ihm vorliegende Grundbuch mit der Verfügung übereinstimmt. Gleichzeitig vergleicht ein dritter Beamter die Tabelleneintragung mit der vorgelesenen Verfügung.

§ 46. **RG. 57** 277, JW. **04** 299: Ist die Eintragung erfolgt, so kommt es für das Rangverhältnis der Rechte nicht mehr darauf an, in welchen Zeitpunkten die Anträge auf Eintragung beim Grundbuchamt eingegangen sind. Vgl. Ziff. 1 zu § 879 BGB.

§ 48. 1. RheinARB. **04** 147 (LG. Coblenz): Ein Gesamtgläubigerverhältnis nach § 428 BGB. fällt nicht unter § 48.

2. OLG. **10** 98 (KG.): Eine Eintragung für mehrere Mitberechtigte „zu gleichen Rechten und Anteilen" widerspricht nicht dem § 48 GBO., vielmehr ist deutlich erkennbar gemacht, daß die Gemeinschaft eine solche nach Bruchteilen ist, und es ist mit Bestimmtheit festgestellt, in welchem Umfange das Anteilsrecht jedes Teilhabers besteht. Die Angabe der Bruchteile durch Ziffern ist nicht vorgeschrieben; es muß sich nur ergeben, daß der Anteil im Verhältnisse zum Ganzen ein Teil ist, der sich als Bruch kennzeichnet. Die Worte „zu gleichen Rechten" in Verbindung mit „zu gleichen Anteilen" bedeuten die Festsetzung, daß die Anteile der beiden Teilhaber im Verhältnisse zueinander im Range gleichstehen sollen.

3. KGJ. **28** A 143, RJA. **4** 128, R. **04** 296, ZBlFrG. **5** 80: Weder ein Gesamthandverhältnis, noch eine Gemeinschaft nach Bruchteilen liegt vor, wenn eine Hypothek für mehrere Gläubiger zur Sicherung ihrer Ansprüche aus einer von ihnen für eine Darlehnsschuld des Grundstückseigentümers übernommenen Bürgschaft bestellt wird. Deshalb kann für jeden Gläubiger nur eine besondere Sicherungshypothek eingetragen werden, wobei zum Ausdrucke gebracht werden kann, daß, insoweit für den einen Gläubiger künftig durch die Tilgung der Hauptschuld die Regreßforderung gegen den Grundstückseigentümer entstehen wird, die Forderung des anderen Gläubigers in Wegfall kommt. Auch kann eine Sicherungshypothek zur Sicherung für die beiden Bürgen nacheinander bestellt werden, indem sie für einen von ihnen eingetragen und hinzugefügt wird, daß sie für den zweiten Bürgen insoweit gültig sein soll, als die endgültig festgestellte Forderung des ersten Bürgen hinter dem Höchstbetrage der Sicherungshypothek zurückbleibt. Vgl. KGJ. **22** A 160.

4. BayObLG. 5 177, R. 04 287: Erwerben Ehegatten oder Verlobte gemeinsam ein Grundstück, ohne über die Größe der beiderseitigen Anteile etwas zu bestimmen, so kann der Vertrag dahin verstanden werden, daß sie beide gleiche Anteile haben sollen. Wird die Eintragung einer Hypothek an dem Anteil eines Miteigentümers beantragt, so kann die Hypothek eingetragen werden, wenn die bisher fehlende Angabe des Anteils auf Grund des Vertrags gleichzeitig nachgetragen wird.

5. Dennler, SeuffBl. 04 193 befürwortet, durch Landesgesetz die Vermutung des § 742 BGB. auf die vor dem Inkrafttreten der Grundbuchordnung entstandenen Eintragungen auszudehnen, da die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Bruchteile zu großen Weiterungen führt.

6. OLG. 9 336 (Colmar): Die Verfügung mehrerer nach altem Rechte Eingetragener ist erst nach Eintragung der Höhe der den einzelnen Miteigentümern zustehenden Bruchteile zulässig. Vgl. auch JDR. 3 zu § 1114 BGB.

§ 49. 1. KGJ. 27 A 138, R. 04 339: Der Gläubiger einer vollstreckbaren Forderung kann die Eintragung einer Zwangshypothek, und zwar für die ganze Forderung, auch dann verlangen, wenn sich aus dem Schuldtitel ergibt, daß für die Forderung bereits eine Vertragshypothek an einem anderen Grundstücke des Schuldners besteht. Vgl. auch JDR. 2 Ziff. 1 zu § 49 GBO.

2. Abs. 2. Turnau-Förster II 289 Note 8 vertreten die Ansicht, daß es zur Eintragung des Vermerkes, die Mitbelastung sei erloschen, weder eines Antrags des Gläubigers noch der Zustimmung des Eigentümers des Stammgrundstücks bedarf. Dagegen Fuchs I Anm. 15 zu § 1173 BGB. Vgl. OLG. 9 354.

§ 52. 1. KGJ. 28 A 85, OLG. 9 399, RJA. 4 228, ZBlFrG. 5 435: Soweit die Einsetzung eines Nacherben wirksam erfolgen kann, hat auch die Eintragung des durch die Einsetzung geschaffenen Rechtes des Nacherben zu erfolgen. Demnach ist, falls der Erblasser testamentarisch eine Stiftung errichtet und sie zum Nacherben eingesetzt hat (§ 2108 BGB.), das Nacherbenrecht der Stiftung einzutragen, auch wenn sie noch nicht genehmigt ist (BGB. § 84).

2. Breslau AK. 04 37 (LG. Breslau): Ist einem Testamentsvollstrecker die Befugnis eingeräumt, über Grundstücke und Rechte an solchen zu verfügen, so ist diese Ermächtigung den Nacherben gegenüber ebenso wirksam, wie gegen den Vorerben (BGB. §§ 2205, 2209), und es können die Vorschriften, welche Verfügungen des Vorerben zugunsten des Nacherben einschränken, insbesondere des § 52 GBO. hierbei nicht in Frage kommen.

3. OLG. 9 401 (KG.): Der Nacherbe ist berechtigt, auf die Eintragung seines Rechtes im Grundbuche zu verzichten, da diese Eintragung nur in seinem, nicht etwa in öffentlichem Interesse erfolgt.

4. SchlHolstAnz. 04 124 (LG. Kiel): Die Löschung des nach § 52 für den Nacherben eingetragenen Vermerkes darf auch bei freier Verfügungsbefugnis des Vorerben nach Veräußerung des Grundstücks nur mit Bewilligung des Nacherben erfolgen, wenn nicht der Fall des § 22 vorliegt. Diese Gesetzesvorschrift setzt dann auch den Nachweis voraus, daß keine unentgeltliche Verfügung des Vorerben vorliegt (§ 2113 Abs. 2 BGB.).

5. a) OLG. 9 403 (KG.): § 52 findet auch auf solche Fälle der Vorerbschaft Anwendung, welche hinsichtlich ihrer materiellen Tragweite nach den bisherigen Gesetzen zu beurteilen sind.

b) RG. Gruchots Beitr. 48 1022: Der § 52 findet lediglich auf das Recht eines Nacherben nach dem BGB. und in dem durch das BGB. begründeten

Umfange, nicht aber auf das wesentlich anders geartete Recht eines römischrechtlichen Fideikommissars Anwendung.

§ 53. Muß auch bei einer Nachlaßhypothek das Vorhandensein des Testamentsvollstreckers eingetragen werden? Sind mehrere Erben vorhanden und wird einem oder einigen von ihnen die Post zur freien Verfügung zugewiesen, so ist der Vermerk aus § 53 nicht erforderlich. Ist nur ein Erbe da, so ist der Vermerk nicht erforderlich, wenn die Post dem Erben zur freien Verfügung überlassen ist, dagegen notwendig, wenn die Umschreibung auf den Erben nur zum Zwecke der Abgabe grundbuchmäßiger Erklärungen erfolgen soll. Danach ist also der Vermerk stets erforderlich, wenn der Erbe als solcher eingetragen wird. So mit dem Bemerken, daß diese Frage nirgends aufgeworfen oder erörtert sei, Löwenherz, Verfügungen in Grundbuchsachen 77.

§ 54. 1. BraunschZ. **51** Beil. I 77 (OLG. Braunschweig): Wegen unrichtiger Angabe des Datums einer Urkunde (z. B. eines öffentlichen Testaments) ist eine Berichtigung des Grundbuchs nicht zulässig.

2. ElsLothrNotZ. **24** 290 (OLG. Colmar): Unrichtige Eintragungen im Grundbuche können nur durch Berichtigung beseitigt, nicht von Amts wegen gelöscht werden. Vgl. Ziff. 3 b zu § 71 GBO.

3. Josef, DNotVZ. **4** 272: Bewirkt das Grundbuchamt die Löschung einer nach seiner Ansicht unzulässigen Eintragung, wird es aber auf Beschwerde angewiesen, die ungerechtfertigte Löschung zu beseitigen, so tritt mit der Löschung des Löschungsvermerkes der frühere Rechtszustand wieder ein.

4. OLG. **10** 80 (KG.): Bei Eintragung des Widerspruchs muß der angeblich zu einem anderen Grundstücke gehörende Bestandteil so genau bezeichnet werden, daß jeder, welcher das Eigentum oder ein dingliches Recht an dem vom Widerspruche betroffenen Grundstück erwirbt, sehen kann, um wieviel sich letzteres verkleinert, wenn das durch den Widerspruch betroffene Recht sich als begründet erweist.

5. OLG. **9** 342 (KG.): Die Nichteintragung eines Widerspruchs kann dem Grundbuchrichter nicht zum Vorwurfe gemacht werden, wenn er überzeugt sein darf, daß der fehlerhafte Zustand des Grundbuchs dem wirklichen, wenn auch nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise betätigten Willen der vermeintlich Verletzten entspricht.

6. OLG. **9** 343, 344 (KG.): § 54 betrifft auch Unrichtigkeiten, die aus der Zeit vor 1900 herrühren.

§ 55. 1. RJA. **4** 183 (Dresden), R. **04** 419, ZBlFrG. **5** 119: Die Benachrichtigung der Realgläubiger von einem Wechsel im Eigentum am Grundstücke kann nur dort in Frage kommen, wo sie landesrechtlich angeordnet ist. Vgl. JDR. **2** Ziff. 1 zu § 55 GBO., ferner OLG. **10** 102 (Colmar). Zustimmend Rieß, ZBlFrG. **5** 545, unter Hervorhebung der unter Umständen für die Beteiligten durch die unterlassene Benachrichtigung erwachsenden Nachteile, weshalb empfohlen wird, im Wege der Landesjustizverwaltung die geeigneten Maßregeln zu treffen, um die Grundbuchämter zur Benachrichtigung der Hypothekengläubiger im Falle eines Eigentumswechsels zu veranlassen. Brand, Grundbuchsachen 139 Anm. 3 erachtet die Benachrichtigung der dinglich Berechtigten jedenfalls aus Zweckmäßigkeitsgründen für geboten.

2. *Brand, Grundbuchsachen 119: Kommt ein Benachrichtigungsschreiben mit dem Vermerke zurück, daß der Empfänger nicht zu ermitteln oder verstorben sei, so ist der Richter nicht verpflichtet, Nachforschungen nach dem Aufenthaltsorte der Beteiligten anzustellen oder deren Erben zu ermitteln.

Der Grundbuchbeamte wird regelmäßig die Beteiligten nicht veranlassen, auf die Bekanntmachung der Eintragungen zu verzichten, da sie ein wesentliches Interesse daran haben, sich jederzeit durch Einsichtnahme der ihnen zugegangenen Benachrichtigungen von dem sie berührenden Inhalte des Grundbuchs zu überzeugen, zumal die Kosten der Benachrichtigung nur in Schreibgebühren bestehen.

Dritter Abschnitt. Hypotheken-, Grundschuld-, Rentenschuldbrief.

§ 57. 1. OLG. **9** 345 (KG.), PosMschr. **04** 53, RJA. **4** 177, R. **04** 418: In dem Hypothekenbriefe sind sämtliche Eintragungen, die bezüglich der Hypothek in das Grundbuch erfolgt sind, aufzunehmen. Ist deshalb einer Hypothek vor einem Altenteile der Vorrang eingeräumt, so genügt es nicht, in dem mit der Überschrift „Vorgehende und gleichstehende Eintragungen" versehenen Teile des Briefes das Altenteil nicht mitaufzuführen, vielmehr ist der Vermerk über den Vorrang aus dem Eintragungsvermerk in den Brief zu übernehmen. Andernfalls könnten für den Inhaber des Briefes Bedenken entstehen, ob auch das Vorrecht der Hypothek vor dem Altenteil in das Grundbuch eingetragen ist, der Brief soll aber die zur Prüfung der Sicherheit der Hypothek erforderlichen Nachrichten deutlich enthalten, damit im Falle der Übertragung der Hypothek der Erwerber das Grundbuch nicht einzusehen braucht. Fechner, R. **04** 599, macht darauf aufmerksam, daß das Ergebnis dieser Entscheidung mit dem Inhalte der Musterbeispiele Anlage E und G zur AllgVerf. vom 20. 11. 99 in Widerspruche steht.

2. Gegen KGJ. **26** A 304 — JDR. **2** Ziff. 2 zu § 57 — wendet sich Förster, R. **04** 90: Die Annahme, daß die auf verschiedenen Miteigentumsanteilen eingetragenen Hypotheken in einem Rangverhältnisse zueinander stehen, ist nicht richtig (vgl. § 1114 BGB.). Bei richtiger Anwendung des § 879 Abs. 1 Satz 1 BGB. auf Miteigentumsanteile kann nur die Reihenfolge der auf den einzelnen Anteilen lastenden Hypotheken in Betracht kommen. — Steht eine Totalhypothek zwischen vor- und nachstehenden Anteilshypotheken, so berührt sie nur die Sicherheit der nachstehenden Anteilshypotheken und muß in dem Briefe über diese nebst allen ihr vorgehenden Hypotheken aller Anteile mit Erwähnung des Vorranges aufgenommen werden. Dagegen sind auch in diesem Falle die der Totalhypothek nachstehenden auf anderen Anteilen ruhenden Hypotheken in den Brief nicht aufzunehmen.

Hiergegen Falkmann, ZBlFrG. **5** 300: Es handelt sich lediglich um die Auslegung des § 57 Abs. 2 Nr. 4 GBO., nicht um § 879 BGB. Der Zweck des § 57 Abs. 2 ist nach den Motiven zur GBO. E. I (99) der, dem Erwerber die Einsicht des Grundbuchs zu erübrigen, deshalb soll der Brief auch diejenigen Eintragungen enthalten, die mittelbar von Einfluß auf das Recht des Gläubigers sind. Dieser Zweck ist bei Anteilshypotheken unerreichbar, wenn man die Anteilshypotheken des einen Teiles auf den Briefen der Hypotheken des anderen Teiles unerwähnt läßt, vielmehr wird der Brief diesem Zwecke nur gerecht, wenn er bei einer Anteilshypothek, falls ihr eine Totalhypothek vorgeht, die dieser auf dem anderen Teile vorgehenden Anteilshypotheken angibt. Es fragt sich also, ob ihrer Aufnahme in den Brief der Anteilshypotheken des anderen Anteils § 57 Abs. 2 Nr. 4 zwingend entgegensteht. Geht man davon aus, daß das Wesen des Miteigentums nicht in einer Teilung der Sache, sondern des Eigentumsrechts besteht (vgl. RG. **20** 272), sodaß also jede Hypothek, auch eine bloße Anteilshypothek, das ganze Grundstück in alle seine Teile hinein ergreift, so kann man sagen, daß, solange das Grundstück nicht versteigert ist, jede spätere Hypothek formell in der Rangordnung hinter jeder voreingetragenen Hypothek steht. Erst mit der Umsetzung des Grundstücks in Geld in der Zwangsversteigerung fallen die ideellen Teile reell auseinander,

und nunmehr macht sich das Verhältnis der Hypotheken zueinander in der durch § 879 BGB. angeordneten Rangordnung geltend.

3. S. die Bemerkung von Spieß zu § 62 GBO.

§ 61. RJA. 4 170 (KG.), OLG. 9 347, KGJ. 27 A 152, JMBl. 04 154, SchlHolstAnz. 04 122, 154: Wird bei einer Teilung der Forderung zugleich auch das Grundstückspfandobjekt in der Weise zerlegt, daß die einzelnen Teile der Forderung lediglich auf je einem Teile des Grundstücks hypothekarisch gesichert bleiben, so ist für die Bildung eines Teilhypothekenbriefs kein Raum. Von einer Teilung der Forderung im Sinne des § 1152 BGB. ist in diesem Falle keine Rede mehr, vielmehr sind die einzelnen Teilbeträge voneinander in ihrer Existenz völlig gesonderte Einzelhypotheken, wie dies z. B. auch der Fall ist, wenn eine Hypothek auf einen abgeschriebenen Grundstücksteil mitübertragen und dann durch entsprechende Entpfändungserklärungen und Löschungsbewilligungen auf die einzelnen Grundstücke verteilt wird (§ 1132 BGB.). Wie in diesem Falle gemäß § 64 für jedes Grundstück ein neuer Hypothekenbrief zu erteilen ist, so ist auch hier die Vorschrift des § 64 entsprechend anzuwenden.

§ 62. *Spieß, ZBlFrG. 4 750: Sind die der Hypothek unterliegenden Grundstücke in Preußen einem Zusammenlegungsverfahren unterworfen worden, so hat bei der Hypothek (in Abt. III) eine Eintragung nicht zu erfolgen. Dagegen ist in diesem Falle der Auszug des Hypothekenbriefs gemäß § 57 auf Antrag zu ergänzen.

Vierter Abschnitt. Beschwerde.

§ 71. 1. Legitimation zur Beschwerde.

a) OLG. Stuttgart, WürttZ. 46 267: Die Beschwerde steht jedem zu, dessen Rechtssphäre durch die angefochtene Verfügung beeinträchtigt ist, z. B. dem Eigentümer, wenn der Antrag eines Dritten, der eine von ihm bewilligte Eintragung beantragt hat, abgelehnt worden ist.

b) ElsLothrJZ. 04 372 (LG. Colmar): Zulässig ist die Beschwerde der Vollstreckungsabteilung eines Amtsgerichts gegen die Grundbuchabteilung desselben Gerichts, obwohl die verschiedenen Abteilungen nach außen als eine einheitliche Behörde gelten.

2. Beschwerde gegen Entscheidungen.

a) OLG. 9 350 (KG.): Die Beschwerde ist auch gegen mündlich verkündete, nicht protokollierte Beschlüsse zulässig, sofern es sich nicht um eine bloße Ansichtsäußerung, sondern um eine Entscheidung des Grundbuchrichters (z. B. daß er nach Entgegennahme der Auflassung die Eigentumseintragung ablehnen werde) handelt.

b) **RG.** 57 284: Es steht keine gesetzliche Bestimmung entgegen, daß der Richter seine Verfügung, auch wenn dadurch eine Eintragung angeordnet ist, so lange ändern kann, als sie ein Internum des Gerichts geblieben, als sie den Beteiligten noch nicht bekannt geworden ist.

c) ZBlFrG. 5 37, RheinARB. 04 177 (LG. Cleve): Gegen die Entscheidung des Grundbuchrichters ist eine Beschwerde lediglich der Kosten wegen, ohne gleichzeitige Anfechtung der Entscheidung in der Hauptsache zulässig (anders § 99 Abs. 1 ZPO.).

d) KGJ. 28 A 152: Zulässig ist die Beschwerde gegen die Verweigerung der Benachrichtigung von einer Eintragung, auch wenn der Beschwerdeführer bereits anderweit von der Eintragung Kenntnis erlangt hat.

3. Beschwerde gegen eine Eintragung.

a) OLG. 8 312 (KG.): Die Berichtigung des Grundbuchs auf Grund des Flurbuchanhanges bei der durch eine Neuvermessung festgestellten Änderung

der Größenangabe eines Grundstücks ist nicht eine Eintragung im Sinne des § 71 Abs. 2. Damit ist der Anwendung des § 54 der Boden entzogen, aber der Beschwerde aus § 71 Abs. 1 der Weg geöffnet.

b) ElsLothrNotZ. **24** 290 (OLG. Colmar): Unzulässig ist die Beschwerde gegen eine Entscheidung des Grundbuchamts, die es ablehnt, eine unrichtige Eintragung von Amts wegen zu löschen. Vgl. Ziff. 2 zu § 54 GBO.

c) ElsLothrZ. **29** 489 (OLG. Colmar): Die Löschung einer ihrem Inhalte nach unzulässigen Eintragung (§ 54 Abs. 1 Satz 2) kann auch im Beschwerdewege herbeigeführt werden.

d) LG. Stettin, PosMschr. **04** 164: Wie die Eintragung einer Vormerkung (vgl. KGJ. **27** A 82, OLG. **8** 228, JDR. **2** Ziff. 3 d zu § 71 GBO.), ist so auch deren Löschung keine Eintragung im Sinne des § 71 Abs. 2.

4. KGJ. **27** A 138, RheinARV. **22** 132: Wird von dem Beschwerdeführer (wenn auch zu Unrecht) geltend gemacht, daß die Eintragung einer Zwangshypothek (z. B. weil für die Forderung bereits durch Vertragshypotheken auf anderen Grundstücken Sicherheit gewährt worden sei) unzulässig gewesen sei, so kann von ihm im Wege der Beschwerde die Eintragung eines Widerspruchs bei der Zwangshypothek verfolgt werden. Eine Verweisung des Gläubigers auf das Pfand ist indessen nach § 1165 BGB. (vgl. ZPO. § 777) nur bei beweglichen Sachen vorgesehen.

§ 74. 1. BayObLG. **4** 860, R. **04** 82: Da die Beschwerde in Grundbuchsachen auf neue Tatsachen und Beweise gestützt werden kann, darf das Beschwerdegericht eine neu angeführte Tatsache nicht unberücksichtigt lassen.

2. ZBlFrG. **5** 560 (ObLG. München): Ergeben sich gegen einen Eintragungsantrag erst in der Beschwerdeinstanz Bedenken, von denen der Beschwerdeführer keine Kenntnis hat, so ist das Beschwerdegericht veranlaßt, vor der Ablehnung den Beschwerdeführer zu hören und ihm Gelegenheit zu geben, das Bedenken zu heben.

§ 75. ZBlFrG. **5** 250 (OLG. Dresden): Wird ein Eintragungsantrag zurückgewiesen und die Beschwerde auf neue Tatsachen gestützt, durch die zugleich dem vom Grundbuchamte geltend gemachten Eintragungshindernis abgeholfen, z. B. die Erlegung des von dem Grundbuchamte geforderten Kostenvorschusses nachgewiesen wird, so ist die Beschwerde so anzusehen, als ob ein neuer verbesserter Antrag gestellt wäre, und entsprechend von dem Amtsgerichte zu behandeln. (Das OLG. hat demgemäß unter Aufrechterhaltung der nach der damaligen Sachlage gerechtfertigten Zurückweisungsverfügung das Amtsgericht mit entsprechender Weisung versehen.)

§ 77. OLG. **10** 28 (Colmar): Das Beschwerdegericht ist nicht behindert, die angefochtene Entscheidung, selbst wenn es deren Gründe mißbilligt, aus anderen Gründen aufrecht zu erhalten.

§ 78. 1. OLG. **8** 318 (KG.): Von Amts wegen zu berücksichtigen, auch in der mit der weiteren Beschwerde befaßten Instanz, sind solche neuen Tatsachen, welche (z. B. eine inzwischen erfolgte Löschung) die Sachlage derartig ändern, daß der Antrag wegen Beseitigung seiner wesentlichen Grundlagen zwecklos wird und für eine Entscheidung darüber überhaupt kein Raum mehr bleibt.

2. BadNotZschr. **04** 160 (OLG. Karlsruhe): Zulässig ist die weitere Beschwerde wegen Unterlassung einer Fristsetzung aus § 18 GBO. Vgl. JDR. **2** Ziff. 3 e zu § 78 GBO.

3. ElsLothrNotZ. **24** 332 (OLG. Colmar), R. **04** 454: Wegen unrichtiger Auslegung einer Vollmacht kann die weitere Beschwerde nicht erhoben werden.

4. ElsLothrZ. **29** 42 (OLG. Colmar): Hebt das Beschwerdegericht eine Zwischenverfügung des Grundbuchamts auf und weist es die Sache an dieses mit dem Bemerken zurück, daß noch bestimmte Punkte zu ergänzen seien, so ist dagegen keine weitere Beschwerde gegeben.

§ 80. Wie JDR. **2** Ziff. 1 zu § 80 GBO. auch BayObLG. **5** 135, BayNotZ. **5** 192, R. **04** 197, RJA. **4** 174, KGJ. **28** A 312, ZBlFrG. **5** 112, SeuffA. **59** 341, PfälzR. **1** 63.

Fünfter Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 90. 1. OLG. **9** 356 (KG.): Zur Übertragung nicht gebuchter Grundstücke ist nach Artt. 1, 27 des preuß. AGGBO. die vorherige Anlegung des Grundbuchs erforderlich (BGB. §§ 873, 925, GBO. § 40 Abs. 1).

2. *Kluckhuhn, Recht der Wirtschaftswege § 37 zu I C und D: Die selbständige grundbuchmäßige Eintragung und insbesondere der Buchungszwang ist unhaltbar für die gemeinsamen landwirtschaftlichen Zweckgrundstücke (s. § 96 Ziff. 1 BGB.). Denn diese bilden einen untrennbaren Bestandteil der nutzbaren Feldmark und das Anteilsrecht an ihnen ist ein wesentlicher und untrennbarer Bestandteil der einzelnen nutzbaren Hauptgrundstücke. Die Zweckgrundstücke sind daher ihrem Wesen nach unselbständige Besitztümer und können im Sinne des § 93 BGB. niemals Gegenstand selbständiger Rechte sein. Da außerdem das Anteilsrecht an ihnen, als Bestandteil der einzelnen nutzbaren Hauptgrundstücke, schon den Realgläubigern der letzteren mitverhaftet ist (s. bei § 1120 BGB.), so würde ihre Eintragung als selbständiger Grundstücke die Möglichkeit bieten, sie gleichwohl nochmals mit selbständigen Hypotheken zu belasten, was widersinnig wäre und das an ihnen schon bestehende Pfandrecht der Realgläubiger der Hauptgrundstücke hinterrücks entwerten würde. Übrigens ist die grundbuchmäßige Eintragung der Zweckgrundstücke in vielen Fällen auch tatsächlich undurchführbar. Denn es müßten, wo nicht das preuß. Gesetz vom 2. April 1887 über Bestellung einer Vertretung für solche Anlagen angewendet werden kann, alle oft sehr zahlreichen und schwer festzustellenden Miteigentümer als Eigentümer eingetragen werden, was sich meist nicht ermöglichen wird. Wo eine Eintragung der Zweckgrundstücke gleichwohl erfolgt, ist dieser rein formelle Akt der Buchung außerstande, die rechtliche Natur der Zweckgrundstücke, insbesondere ihre Untrennbarkeit vom nutzbaren Grundbesitz, und ihre Verhaftung für dessen Hypotheken, irgendwie zu verändern.

3. Sekler, Wesen der Vormerkung 96: In das Grundbuch eingeschrieben werden müssen auch die Vormerkungen, die in Ansehung eines buchungsfreien Grundstücks erwirkt werden. Zum Antrag auf Anlegung eines Grundbuchblatts ist auch das Arrestgericht befugt, wenn es nach § 941 ZPO. um Eintragung der Vormerkung ersucht.

§ 91. Zur Auslegung der preußischen Königl. VO. vom 13. 11. 99.

Zu Art. 12. **RG. 58** 364, JW. **04** 544, RheinARV. **22** 48: Ist bei Anlegung des Grundbuchs das Eigentum an einem Grundstücke streitig und nach Art. 12 der preuß. VO. vom 13. November 1899 einer der streitenden Teile als Eigentümer und zugleich zugunsten des Gegners ein Widerspruch in das Grundbuch eingetragen, so ist der Streit darüber, wer dem anderen im Grundbuche zu weichen habe, nach Person, Inhalt und Gegenstand durch den Inhalt jener Eintragungsvermerke bestimmt. Deshalb kann, wenn Miterben, die in ungeteilter Gemeinschaft stehen, in dieser ihrer Eigenschaft Rechte

angemeldet und die Eintragung erlangt haben, der einzelne Miterbe zur Abwehr der gegen die Gemeinschaft erhobenen Klage nicht eigene Rechte geltend machen.

Zu Art. 20 Nr. 2. LG. Lyck, PosMschr. **04** 106: Der hier geforderte Nachweis des Eigenbesitzes während der vorgeschriebenen Zeit wird nicht ersetzt durch den Nachweis des Eigentumsrechts oder einer es betätigenden Veräußerung.

§§ 93 ff. Zur Auslegung der preußischen Allg. Verf. vom 20. 11. 99.

§ 3. Scholtz, PosMschr. **04** 101: Werden in Spalte 4 die Parzellen einzeln aufgeführt, so ist in den Spalten 8 bis 10 die Größen- und Steuerangabe nicht für jede Parzelle einzeln, sondern für das ganze durch Spalte 1 bezeichnete Grundstück einheitlich anzugeben. ⋙→ Dies ergibt sich unmittelbar aus § 8 Abs. 2 Satz 2 der Allg. Verf. Red. ←⋘

§ 4. „Stand“: Handelt es sich um einen Ausländer, so hat die Standesbezeichnung so zu erfolgen, wie sie ihm in seinem Heimatsstaate von Rechts wegen zusteht, soweit dabei nicht gegen die inländischen Gesetze verstoßen wird. Ausländer dürfen sich in Preußen der ihnen zustehenden ausländischen Adelsprädikate bedienen, ohne daß es dieserhalb einer besonderen Genehmigung bedarf, nur darf nicht durch den Gebrauch des Prädikats der Anschein erweckt werden, als ob ihnen der preußische Adel zustände (vgl. AöffR. **18** 202, KGJ. **27** C 69). OLG. **9** 321 (KG.). Vgl. oben Ziff. 4a zu § 39 GBO.

§ 96. Carlebach, BadNotZ. **2** 9, bespricht die badische landesh. VO. vom 9. Oktober 1903 (Ges.- und VOBl. 200), durch die § 34 der badischen Grundbuchausführungsverordnung ergänzt worden ist und wonach bei Buchung von Trennstücken, falls die Veränderung im Grundbuch eingetragen wird, die über die Vereinigung oder Teilung vom Bezirksgeometer gefertigten oder geprüften und richtiggestellten Grundbuchunterlagen bis zur Fortführung des Lagerbuchs als Lagerbuchsanhang und die darin angegebenen Nummern der neuen Grundstücke als Lagerbuchnummern im Sinne des § 2 Abs. 2 GBO. gelten. Hiernach ist in Baden — abweichend vom preußischen Rechte — die Einholung eines amtlich beglaubigten Kartenauszugs nicht erforderlich, vielmehr genügt ein von einem öffentlich bestellten Feldmeßkundigen hergestellter Plan. Vgl. Oberneck (3) I 436.

§ 98. Meyding, WürttZ. **46** 289 bespricht die Bedeutung und Tragweite des Art. 22 des württemb. AGBGB. und bekämpft (294 Anm. 1) die herrschende Ansicht, daß der Grundbuchbeamte wegen eines formellen Mangels des Vertrags nach Art. 22 die Auflassung abzulehnen habe. Er kommt zu folgendem Ergebnisse: Die Entgegennahme der Auflassung darf der Grundbuchbeamte niemals aus dem Grunde verweigern, daß die nach dem Gesetz erforderliche Zustimmung eines Dritten zum Abschlusse des obligatorischen Vertrags oder zur Vornahme der Auflassung fehlt. Die Eintragung des Eigentumsüberganges im Grundbuche wird durch den Mangel der Zustimmung zur Auflassung gehindert, niemals aber durch den Mangel der Zustimmung zu dem obligatorischen Vertrage.

§ 99. 1. Böhm, R. **04** 15, 163: Der auf Grund des Vorbehalts des § 99 ergangene Art. 10 des preuß. AGGBO. hat durchaus praktische Bedeutung, insbesondere in den Fällen, in denen die Vorerben ihre Anteile an dem gesamten Nachlaß einem der Miterben übertragen. Da es in diesem Falle einer Auflassung der Nachlaßgrundstücke nicht bedarf, erfolgt die Eintragung des neuen Eigentümers im Grundbuch auf Grund des Zeugnisses des Nachlaßgerichts.

2. Marcus, R. **04** 101, 102 bestreitet die Anwendbarkeit des Art. 10 preuß. AGGBO. in den von Böhm angezogenen Fällen, da der Erwerber sämtlicher Erbanteile seine Eintragung im Grundbuch auf Grund eines vom Nachlaßgerichte zu erteilenden Erbscheins als Alleinerbe bewirken könne, somit für die Erteilung eines Zeugnisses auf Grund des Art. 10 überhaupt kein Raum sei.

3. Ferner *Feist, R. **04** 189: Art. 10 des preuß. AGGBO. ist entsprechend § 37 GBO., wenn überhaupt, nur dann anwendbar, wenn eine Erbenmehrheit vorhanden und die grundbuchliche Operation durch die Abgabe von Erklärungen dieser Erbenmehrheit bedingt ist, z. B. wenn bei der Erbteilung die Erbengemeinschaft das Nachlaßgrundstück einem (oder einigen) der Miterben überwiesen hat, nicht aber, wenn von sämtlichen Miterben alle bis auf einen gemäß § 2033 BGB. zugunsten dieses einen über ihre Anteile an einem Nachlasse, zu dem ein Grundstück gehört, durch Übertragung dieser Anteile verfügt haben, denn der Erwerber der Erbteile ist Alleinerbe. Mit Rücksicht auf Abs. 2 des Art. 10 kann aber ein Zeugnis aus Art. 10 sich in nichts von einem Erbschein unterscheiden.

Das Personenstandsgesetz

in der seit dem 1. Januar 1900 geltenden Fassung.

Literatur: Stölzel, PStG. in heutiger Gestalt. (Berlin 1904, Häring.) — Gräfel, Der Standesbeamte **29** 22 ff. (auch **27** 21 ff., **28** 22 ff.).

§ 11. RJA. **4** 84, R. **04** 261 (KG.): Der Standesbeamte hat gegen einen Gerichtsbeschluß, der die von ihm abgelehnte Vornahme einer Amtshandlung anordnet, selbst dann kein Beschwerderecht, wenn die Amtshandlung eine Verletzung seiner Amtspflicht enthalten würde. Vgl. JDR. **2** 2 336 Ziff. 4.

§ 13. *Gräfel a. a. O. **29** 22 unter 7 (**28** 22, 23 unter 3): Wenn die Bezeichnung einer vor dem Standesbeamten erschienenen Person in der von diesem über den Standesakt aufgenommenen Urkunde als dem Gesetz entsprechend soll betrachtet werden können, ist erforderlich rücksichtlich:

1. der Vorname jeder derartigen Person,

a) die Angabe aller Vornamen dann, wenn die Person kommt in ihrer Eigenschaft als zu der betreffenden Familie gehörig, soweit darüber die Eintragung nach dem Gesetze ausdrücklich Auskunft geben soll, weil es sich dann bei der Bezeichnung nicht bloß handelt um sichere Unterscheidung dieser Person von anderen Personen im allgemeinen, sondern auch insbesondere noch um eine solche von anderen Gliedern dieser Familie, wogegen

b) in allen anderen Fällen die Angabe nur eines Vornamens, des sog. Rufnamens, genügt, vorausgesetzt, daß nicht auch hier besondere Umstände vorliegen, die zwecks sicherer Unterscheidung von anderen Personen die Angabe aller Vornamen heischen;

2. des Familiennamens einer erschienenen Frau:

a) die Angabe des Familiennamens des Ehemanns unter Beifügung ihres Mädchennamens unter der gleichen Voraussetzung wie zu 1 a, wogegen

b) die Hinzufügung des letzteren wegbleiben kann in allen anderen Fällen, wenn sie nicht auch dann infolge von Umständen der unter 1 b bezeichneten Art nötig wird.

Die Unterschrift der Erschienenen muß so lauten, wie sie in der Eintragung aufgeführt sind.

§ 16. *Gräfel a. a. O. 29 180 Nr. 19: Die Aufnahme der Erklärung der Einwilligung einer dazu berechtigten Person (eines Vaters, einer Mutter, eines sonstigen gesetzlichen Vertreters) in die Eheschließung zu Protokoll des Standesbeamten ist eine auf die Führung des Heiratsregisters sich beziehende Verhandlung, hat also kosten- und stempelfrei zu erfolgen. Auch erwächst keine Gebühr lediglich für das Nachschlagen im Register seitens des Standesbeamten.

§ 18. *Gräfel a. a. O. 29 22, 23 unter 8: Bei Feststellung des Einflusses des Alters einer Person auf ihre Fähigkeit, ihre allgemeine Qualifikation zu einer dem Standesbeamten mündlich zu machenden Anzeige und bei der darauf sich stützenden Beurteilung der rechtlichen Tragweite der letzteren kann man zunächst im allgemeinen davon ausgehen, es sei eine im einzelnen Falle zu beurteilende Tatfrage, ob von dem Anzeigenden nach dem Grade seiner geistigen Entwickelung und nach Lage der Verhältnisse eine dem Sachverhalte entsprechende glaubhafte Anzeige zu erwarten sei. Man wird jedoch bei dieser Beurteilung weiter zu erwägen haben, daß die mündliche Anzeige einer Person an den Standesbeamten über einen Geburts- oder einen Sterbefall eine Handlung ist, die rechtliche Wirkungen hat, ohne daß sie unter den Begriff „Rechtsgeschäft" fällt, daß für die Beurteilung der Rechtshandlungen in diesem Sinne auch jetzt noch von Wichtigkeit sind die für die juristische Handlungsfähigkeit rücksichtlich des Alters des Handelnden gemeinrechtlich geltenden Grundsätze, daß nach diesen zwar rücksichtlich aller Minderjährigen gemeinsam verwirkt ist, sie seien in dieser Handlungsfähigkeit beschränkt, dabei aber doch innerhalb der Minderjährigkeit verschiedene Stufen unterschieden werden und zwar:

1. die infantes im Alter unter 7 Jahren, denen jede juristische Handlungsfähigkeit ganz abgeht,

2. die impuberes infantia majores, Knaben über 7 und unter 14, Mädchen über 7 und unter 12 Jahren, bei denen die Möglichkeit der juristischen Handlungsfähigkeit gegeben ist, ihre Annahme aber ganz von der individuellen Entwickelung abhängt,

3. die puberes, die das 14. bzw. 12. Lebensjahr zurückgelegt haben, bei denen das Alter (ihre Jugend) nicht mehr ein Hindernis der Willensfähigkeit ist und die deshalb in der Regel juristische Handlungsfähigkeit besitzen

und gestützt hierauf zu dem genauer präzisierten Resultate gelangen:

Die zu 1 Genannten müssen stets ohne weiteres und unter allen Umständen als von der Zulassung zur Anzeige ausgeschlossen betrachtet werden,

die zu 2 Aufgeführten kann man als zu einer solchen qualifiziert bloß ansehen, wenn man auf Grund je im einzelnen Falle vorzunehmender Erörterung und Prüfung zu der Überzeugung gelangt, es sei bei der in Frage stehenden jugendlichen Person Verständnis, Wahrnehmungs- und Reproduktionsfähigkeit in zweifellos ausreichendem Maße vorhanden, rücksichtlich

der zu 3 Bezeichneten aber ist Fähigkeit zur Anzeige anzunehmen, ohne daß man wegen ihres jugendlichen Alters eine über das gewöhnliche Maß hinausgehende Prüfung ihrer juristischen Handlungsfähigkeit für geboten zu halten hätte.

§ 22. 1. Nr. 4. *Gräfel a. a. O. 29 30 Nr. 9, 173 Nr. 17 (23 140/1): Nachträgliche Vervollständigung oder Änderung des Eintrags der Vornamen eines Kindes ist, abgesehen von den landesgesetzlichen Bestimmungen über ihre Änderung mit obrigkeitlicher Genehmigung, nur zulässig im Wege des Berichtigungsverfahrens, also unter der Voraussetzung, daß in diesem der Nachweis geführt wird, die Eintragung sei schon zur Zeit ihrer Vornahme unrichtig, oder unvollständig gewesen, bzw. die von der anzeigenden Person ge-

machte Angabe entspreche aus irgendeinem Grunde nicht ihrem wirklichen Willen. Eine außerhalb eines Berichtigungsverfahrens von einer Aufsichtsbehörde dem Standesbeamten erteilte Ermächtigung, im Geburtsregister eingetragene Vornamen eines Kindes abzuändern, entbehrt der gesetzlichen Grundlage.

2. Abs. 2. *Gräsel a. a. O. **29** 157 Nr. 8: Daß bei Zwillings- und Mehrgeburten, bei denen die Zeitfolge der einzelnen Geburtsakte zweifellos festgestellt ist, noch ein Zusatzvermerk zum vorgedruckten Inhalte der Eintragung, dahin gehend, der Geburtsfall wäre erste, zweite Zwillingsgeburt 2c. zu Nr. . . . bewirkt wird, erscheint nicht nur statthaft, sondern geboten, weil damit diese Eintragungen als Ausnahmefälle in ausreichender Weise kenntlich gemacht und auf diese Weise den Regelfällen gegenüber in sehr wertvoller Weise ergänzt werden und weil so den durch die in den Urkunden konstatierten Tatsachen berührten Rechtsverhältnissen zu einem wünschenswerten besonderen Schutze verholfen wird insofern, als damit sonst möglichen Verwechselungen des Ausnahmefalles mit einem Regelfalle und allen daraus etwa fließenden unliebsamen, die Rechtssicherheit beeinträchtigenden Konsequenzen leicht und sicher vorgebeugt wird.

§ 23. *Gräsel a. a. O. **29** 182 IV 2 (**27** 21 c): Die Wendung in der Eintragung einer Totgeburt: „ein toter Knabe geboren worden sei" entspricht zwar dem der BRAB. beigefügten Musterbeispiel C 3, nicht aber der Vorschrift im § 23 des Personenstandsgesetzes. Denn er ist ausdrücklich unterschieden zwischen den beiden Fällen, daß ein Kind „totgeboren" oder daß es „in der Geburt verstorben" ist. Dieser gesetzlich normierte Unterschied ist aber verwischt, wenn nur beurkundet wird, daß ein totes Kind geboren worden ist (statt ein Kind totgeboren), denn „ein totes Kind" ist (bei Beendigung der Geburt) auch dann geboren, wenn es „in (also doch während) der Geburt verstorben" ist.

§ 25. MecklZ. **23** 15, R. **04** 604 (Rostock): Durch die Eintragung des Randvermerks über die vor dem Standesamt abgegebene Erklärung der Anerkennung eines unehelichen Kindes in das Geburtsregister seitens des Standesbeamten wird eine öffentliche Anerkennungsurkunde im Sinne und mit der Wirkung des § 1720 Abs. 2 BGB. geschaffen.

§ 58. Abs. 2. *Gräsel a. a. O. **29** 37 IV 2: Eine Eintragung, die auf Grund der mündlichen Anzeige einer dazu legitimierten (verpflichteten oder berechtigten) Person bei dem Standesbeamten bewirkt ist und alles enthält, was das Gesetz für eine Beurkundung im Sterberegister vorschreibt, wird weder ungültig, noch in ihrer (ihr durch § 15 PersStG. beigelegten) Beweiskraft geschwächt dadurch, daß eine amtliche Ermittelung über den Todesfall stattgefunden hat.

§ 59. Nr. 3. *Gräsel a. a. O. **29** 37 IV 1 (**28** 39 3): Hinsichtlich der verschiedenen Art der Angabe des Alters der verstorbenen Person in den der BRAB. beigegebenen Mustern C 1 und C 2 (4), und des Verhältnisses beider Arten der Bezeichnung zueinander ist zuvörderst als geltender Hauptgrundsatz hervorzuheben, daß eine Sterbeurkunde nicht dazu bestimmt ist, den Geburtstag und das Geburtsjahr einer verstorbenen Person zu beurkunden. Es werden also die letzteren beiden Angaben in der Regel in eine Sterbeurkunde keine Aufnahme finden und man wird sich dieser Art der Bezeichnung des Alters nur bedienen dürfen in bestimmt gearteten Ausnahmefällen, namentlich, wenn damit zugleich der oder jener anderen gesetzlichen Vorschrift genügt werden kann, oder wenn diese speziellen Angaben sonst etwa rechtlich erheblich, oder zur möglichst zweifelsfreien Feststellung der Persönlichkeit des Verstorbenen erforderlich, oder doch wenigstens sehr erwünscht erscheinen sollten, immer aber (auch unter diesen Vor-

aussetzungen) nur dann, wenn Jahr und Tag der Geburt urkundlich legal nachgewiesen ist.

Nr. 5. *Gräsel a. a. O. **29** 38 3 (**23** 133 II): Das Gesetz schreibt hier genau vor und es ergibt sich aus den darin ersichtlichen Bestimmungen zweifellos, inwieweit Blutsverwandtschaft, die zwischen der anzeigenden und der verstorbenen Person besteht, sich aus dem Eintrage ergeben muß. Weiter zu gehen in der Beurkundung rücksichtlich des Bestehens derartiger Verhältnisse hat der Registerführer weder die Pflicht, noch überhaupt das Recht. Die Angaben eines Anzeigenden in bezug auf die verstorbene Person: sein Vater, seine Mutter, sein Bruder 2c. sind sämtlich unzulässig, weil im Gesetze nicht begründet (nicht umgekehrt, wie von Aufsichtsbehörden ausgesprochen worden ist).

§ 65. RJA. **4** 6, R. **04** 54 (KG.): Auch die Vervollständigung der Eintragung durch Angaben, die nach dem Gesetz aus dem Standesregister hervorgehen sollen, aber nicht aus ihm hervorgehen, erscheint als eine Richtigstellung der Eintragung.

§ 66. MecklZ. **22** 255, R. **04** 505: Das Vormundschaftsgericht als solches ist nicht befugt, statt des Vormundes das Berichtigungsverfahren aus Abs. 2 zu betreiben; es hat daher auch kein Beschwerderecht nach § 20 Abs. 1 RFrGG.

§ 68. *Gräsel a. a. O. **29** 14, 15 unter 3: Hier ist zu unterscheiden zwischen Abs. 1 und Abs. 3. Fehlt jemand gegen Abs. 1, so hat man es mit einer Übertretung (§ 1 RStGB.) und zwar einem Unterlassungsdelikt zu tun. Dem Standesbeamten liegt es lediglich ob, die Tatsache der Verletzung der Anzeigepflicht zur Kenntnis der zur Strafverfolgung zuständigen Behörde zu bringen, die das Weitere zu veranlassen hat. Die definitive Entscheidung steht den Gerichten zu. Strafverfügungen gegen Säumige zu verhängen, ist weder der Standesbeamte noch die Aufsichtsbehörde befugt.

Auf anderem Gebiete liegt die Bestimmung in Abs. 3. Sie statuiert Zulässigkeit eines absoluten Zwanges in Gestalt einer Geldstrafe zwecks Herbeiführung eines im Gesetze vorgeschriebenen Tuns. Eine derartige Strafe hat keinen strafrechtlichen Charakter, eine Umwandlung in Haft im Falle der Uneinbringlichkeit kann nicht vorgenommen werden; ihre Natur ist diejenige einer Ordnungsstrafe, sie kann lediglich vom Standesbeamten, nicht auch von der Aufsichtsbehörde verhängt werden.

§ 69. **RG.** R. **04** 255: Mit dem hier gebrauchten Ausdrucke „Außerachtlassen" ist nicht schon lediglich die Tatsache der Nichtbeachtung der vorgesehenen gesetzlichen Vorschriften unter Strafe gestellt, vielmehr ist zur Bestrafung aus § 69 eine schuldhafte Nichtbeachtung der gesetzlichen Vorschriften, möge sie auf Vorsatz oder auf Fahrlässigkeit beruhen, erforderlich. Die von einem Standesbeamten vorgeschützte Unkenntnis der gesetzlichen Bestimmungen über die Ehemündigkeit kann denselben dann nicht gegen Strafe schützen, wenn diese Unkenntnis durch Fahrlässigkeit verschuldet ist. Ein solches fahrlässiges Verschulden ist aber darin zu finden, daß ein Standesbeamter es pflichtwidrig unterläßt, sich über eine der wichtigsten gesetzlichen Bestimmungen über die Eheschließung zu unterrichten. Mag auch bei Erlaß des § 69 PersStG. und des Art. 46 Nr. 4 EGBGB. nicht beabsichtigt gewesen sein, den Standesbeamten die fehlerlose Handhabung des gesamten für die Eheschließung maßgebenden bürgerlichen und öffentlichen Rechtes, reichsgesetzlichen oder partikulargesetzlichen Ursprungs, dergestalt zur Pflicht zu machen, daß jede, auf noch so entschuldbarer Unkenntnis oder auf noch so verzeihlichem Mißverständnisse dieses Rechtes beruhende Außerachtlassung irgendwelcher gesetzlichen Vorschriften sofort mit Kriminalstrafe bedroht werde, so obliegt doch, ganz abgesehen von dem Vorhandensein besonderer In-

struktionsvorschriften, über deren Inhalt sich zu informieren die Standesbeamten ganz besonders verpflichtet sind, denselben schon an sich die Verbindlichkeit, sich über die grundlegenden und wesentlichsten Bestimmungen bezüglich der Eheschließung und deren Voraussetzungen namentlich auch bei einer Änderung der Gesetzgebung zu unterrichten, die auch auf diesem Gebiete Neuerungen mit sich bringt.

§ 74 Abs. 2. *Gräfel a. a. O. **29** 181 Nr. 20: Auch nach dem Inkrafttreten des BGB. muß zwar von jedem rechtsrheinischen Bayern, der im Reiche eine Ehe schließen will, noch dem betreffenden Standesbeamten ein Verehelichungszeugnis eines K. B. Bezirksamts, bzw. eines Magistrats einer unmittelbaren Stadt vorgelegt werden. Lediglich auf Grund eines solchen Zeugnisses darf aber der Standesbeamte seitdem bei Eingehung einer Ehe nicht mehr amtlich mitwirken, es muß vielmehr von ihm vorher das Aufgebot angeordnet und vollzogen werden, auch liegt lediglich ihm die Prüfung der Zulässigkeit der Ehe ob.

Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Vorbemerkung: Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit erscheint in dem vorliegenden Jahrgange zum ersten Male unter den in das Jahrbuch aufgenommenen Gesetzen. Da somit der gesamte Zeitraum von fünf Jahren, die seit dem Inkrafttreten des Gesetzes verflossen sind, von der Berichterstattung zu berücksichtigen war, so war der zu bewältigende Stoff ein außerordentlich großer. Das FGG. hat von allen Nebengesetzen des neuen Rechts auf dessen wissenschaftliche Bearbeiter die größte Anziehungskraft ausgeübt, wie schon aus der stattlichen Reihe der erschienenen Kommentare ohne Weiteres ersichtlich ist. Es ist von zahlreichen und namhaften Schriftstellern, unter denen als fruchtbarster und unermüdlichster Josef an erster Stelle zu nennen ist, zum Gegenstande zahlreicher Erörterungen teils mehr wissenschaftlicher teils mehr praktischer Natur gemacht worden. Das größte Interesse hat sich hierbei auf die allgemeinen Vorschriften des Gesetzes vereinigt, wobei die in denselben enthaltene „Prozeßordnung im Kleinen" zu lehrreichen und für die Entwickelung der Gesetzgebung bedeutungsvollen Vergleichen mit der Zivilprozeßordnung Anlaß gegeben hat. Insbesondere ist das Wesen des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der in demselben ergehenden Verfügungen sowie das Beschwerderecht eingehend wissenschaftlich beleuchtet worden. Aus dem besonderen Teile des Gesetzes haben vornehmlich die Bestimmungen über das Urkundrecht zahlreiche Abhandlungen hervorgerufen. Eine reichhaltige Rechtsprechung tritt der Literatur ergänzend zur Seite.

Literatur: Ebert, Das amtsgerichtliche Dezernat (6), Breslau 1903. — Frese, Die den Gerichten übertragenen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Leipzig 1903. — Josef, Lehrbuch des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Berlin 1902. — Keidel, Handbuch des Verfahrens in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Bayern, München 1903. — Nußbaum, Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Reich und in Preußen, Berlin 1900. — Kommentare von Rausnitz, Josef, Birkenbihl, Fuchs, Weißler, Dorner, Schultze-Görlitz, Wellstein. — Textausgaben mit Erläuterungen von Ebert-Dudek, Dronke, Schneider, Jastrow. — Die Formularbücher von Jastrow, Gerhard ꝛc., Hilse-Weißler, Weizsäcker-Lorenz. — Vgl. die Literatur zu den einzelnen Abschnitten.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

Vor § 1. 1. Josef, DNotV. **4** 97 ff., führt aus, daß es auch im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein echtes Streitverfahren gibt.

Ebenso Schultzenstein, VerwA. **12** 120, Schneider, BuschsZ. **29** 96 mit ausführlicher Darstellung des Verfahrens.

Anders Monich, R. **03** 493; Busch, Festgabe der Berliner Jur. Gesellschaft zu Kochs Jubiläum, 183 ff.

2. Josef, GruchotsBeitr. **48** 557, bestimmt die Bedeutung des Vergleichs in diesem Streitverfahren dahin: Der Vergleich ist niemals Grundlage für eine Zwangsvollziehung oder Kostenfestsetzung; ob durch ihn ein Verfahren überhaupt erledigt wird oder ob auf Grundlage des Vergleichs eine Entscheidung zu fällen ist, beurteilt sich nach Lage des Einzelfalls, nach dieser auch die Frage, auf welchem Wege die Anfechtung des Vergleichs erfolgt. Eine Beurkundung des Vergleichs als Rechtsgeschäft erfolgt nur auf besonderen Antrag und als ein neues selbständiges Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

3. Über die Zwecke des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit s. Monich, ZBlFG. **4** 325. Er bestimmt es als „ein Verfahren zum Zwecke der Einwirkung der Staatsgewalt auf die konkrete Privatrechtsordnung durch eine neue Gestaltung der Rechtslage nach Zweckmäßigkeitsgründen".

Monich, BuschsZ. **33** 41: Ausschließlicher Gegenstand des Verfahrens freiwilliger Gerichtsbarkeit ist der Schutz von Gemein- und Gesamtinteressen.

Der Schutz der ersteren Interessen wird nur dem einzelnen gewährt, dessen durch eine actio nicht geschütztes Interesse im Gesamtinteresse wurzelt.

Der Gesamtinteressenschutz wird dem durch das Bestehen einer Rechtsgemeinschaft beeinflußten Teilinteresse gewährt, das daneben durch eine actio geschützt ist.

Das Verfahren zum Schutze von Gemeininteressen zeigt erhebliche Abweichungen von dem zum Schutze von Gesamtinteressen.

Mit einem Schutzverfahren für ein Gemeininteresse kann ein gleiches für Gesamtinteressen sogar notwendig verbunden sein.

4. Das echte Streitverfahren in der freiwilligen Gerichtsbarkeit behandelt Josef, ZBlFG. **4** 600. Er kommt zu folgendem Ergebnis: Die wenigen Vorschriften des FrGG. über das Verfahren genügen, um eine gerechte Entscheidung der vor dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit auszutragenden Streitigkeiten zu ermöglichen. Dem Richter ist genügender Spielraum gegeben, in jedem einzelnen Falle so zu verfahren, wie es die Besonderheit des Falles erfordert. Für eine große Anzahl der heute im Prozeßwege zu erledigenden Streitigkeiten würde es sich empfehlen, dem Richter die gleiche Freiheit in der Wahl des Verfahrens zu lassen.

5. Josef, ZBlFG. **3** 569 ff.: Das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann die von ihm auf Grund eines bestimmten Tatbestandes zu treffende Verfügung nicht deshalb ablehnen, weil sie von der Entscheidung streitiger Rechtsverhältnisse abhängig ist, es sei denn, daß nach ausdrücklicher Vorschrift (z. B. §§ 95, 156 FrGG.) oder nach der sonst erkennbaren Absicht des Gesetzes (z. B. § 166 FrGG.) die Entscheidung dem Prozeßgericht überwiesen ist, oder daß dem Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausdrücklich die Befugnis, die Beteiligten auf den Prozeßweg zu verweisen, eingeräumt ist (§ 127 FrGG, § 66 Abs. 2 PStG.). Soweit dagegen nur die allgemeine Ermittelungspflicht aus § 12 FrGG. in Frage steht und soweit im Antragsverfahren der Nachweis der Antragsberechtigung vom Antragsteller selbsttätig beizubringen ist, liegt dem Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Entscheidung streitiger Rechtsverhältnisse nicht ob.

6. Josef, R. **02** 193, führt aus, daß die Neigung des FrGG. zur Kasuistik und seine Schonung des Partikularismus eine Vermehrung der Streitfragen hervorgerufen und eine erhöhte wissenschaftliche Bearbeitung notwendig gemacht habe.

§ 1. 1. Von dem Geltungsbereich der allgemeinen Vorschriften und der Tragweite einzelner Bestimmungen handelt Aron, BuschsZ. **27** 310. Er gelangt zu folgenden Sätzen:

Die allgemeinen Vorschriften des ersten Abschnitts gelten nicht nur für die im FrGG. aufgeführten Angelegenheiten, sondern für alle Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die durch schon bestehende oder künftig noch zu erlassende Reichsgesetze nur den Gerichten übertragen sind. Sie greifen aber nur Platz, soweit nicht im FrGG. oder in einem anderen Reichsgesetz ein anderes bestimmt ist.

Ausführlich wird erörtert, welche Angelegenheiten durch Reichsgesetz den Gerichten zugewiesen sind, welche reichsgesetzlichen Vorschriften die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen ausschließen, inwieweit die landesgesetzlichen Vorschriften in Betracht kommen und inwiefern die Vorschriften der ZPO. in die Verfahrensvorschriften des FrGG. eingreifen.

2. Aus der Praxis:

a) LG. Chemnitz, SächsA. **10** 186: Die allgemeinen Vorschriften des ersten Abschnitts gelten für Grundbuchsachen, wenn sie durch Landesgesetz für anwendbar erklärt sind.

b) LG. Ostrowo, PosMschr. **00** 70: Die Aufnahme gerichtlicher Taxen gehört nicht zu den Angelegenheiten, welche den Gerichten durch Reichsgesetze überwiesen sind.

c) BayrObLG. 2 672, SeuffBl. **02** 374: Der Streit über die Rechtmäßigkeit des Ansatzes oder der Nachforderung einer Gebühr in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist keine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern eine Angelegenheit des Gebührenverfahrens; daher Beschwerde nach Maßgabe der Gebührengesetze.

§ 2. 1. Allgemeines.

RG. JW. **04** 344, 385; **RG. 57** 396, 58, 94, ElsLothJZ. **04** 499: Anträge auf Leistung der Rechtshilfe sind nur so weit zulässig, als die betreffenden Angelegenheiten durch Reichsgesetze den Gerichten übertragen sind. Die gerichtliche Beurkundung der Anmeldung zur Eintragung im Handelsregister ist keine durch Reichsgesetz den Gerichten übertragene Angelegenheit; ferner nicht die Aufnahme von Urkunden über Ansprüche, die sich auf die §§ 1708, 1714, 1715 BGB. gründen.

OLG. **9** 145, HansGerZ. **04** Beibl. 239 ff. (Hamburg): Eine Verpflichtung, in Grundbuchsachen Rechtshilfe zu leisten, wird durch § 2 nicht begründet.

RG. 55 275: Wegen Verweigerung der Rechtshilfe in Grundbuchsachen ist Beschwerde an das Reichsgericht nicht zulässig.

OLG. **6** 497, MecklZ. **22** 56 (Rostock); OLG. Kassel, R. **04** 607: Für die Bekanntmachung von Verfügungen und Entscheidungen sowie Rechtsbelehrungen ist ein Ersuchen um Rechtshilfe nicht statthaft.

OLG. **2** 236 (Hamm); OLG. **4** 219 (Karlsruhe): Die Rechtshilfe erstreckt sich nicht auf Prozeduren, deren Einleitung von einem bei dem Gerichte zu stellenden Parteiantrag abhängig ist.

BayrObLG., R. **03** 317: Ein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts, daß die Amtsgerichte auch außerhalb ihres amtlichen Wirkungskreises verpflichtet sind, dem Ersuchen einer staatlichen Behörde um Rechtshilfe stattzugeben, besteht nicht. Die Ablehnung eines solchen Ersuchens begründet daher nicht die weitere Beschwerde.

OLG. **5** 261 (Jena); OLG. Königsberg, PosMschr. **03** 96: Gegenstand der Rechtshilfe können nur Amtshandlungen sein, die der ersuchende Richter, ohne die Grenzen seines Bezirks zu überschreiten, nicht vornehmen kann, z. B. die Verpflichtung, nicht dagegen die Auswahl eines Vormundes.

OLG. Rostock, DIZ. 01 512: Ein Fall der Rechtshilfe liegt nur dann vor, wenn es sich um eine Tätigkeit handelt, welche an sich zum Geschäftskreis der ersuchenden Behörde gehört und von dieser nur deshalb nicht ausgeführt werden kann, weil die fragliche Tätigkeit außerhalb des eigenen Bezirkes vorgenommen werden muß. Ähnlich OLG. 1 33.

OLG. Kolmar, DIZ. 02 560: Die Rechtshilfe muß abgelehnt werden, wenn die verlangte Handlung überhaupt rechtlich unzulässig ist oder klaren Rechtssätzen zuwiderläuft.

OLG. Kolmar, ElsLothrIZ. 02 402: Die Auskunftserteilung über inländisches Recht fällt nicht unter den Begriff der Rechtshilfe. Die Verpflichtung hierzu bemißt sich nach Landesrecht.

OLG. 7 337 (Kolmar): Das ersuchte Gericht ist zur Prüfung der Gültigkeit einer Rechtshandlung, welche die Voraussetzung einer ferneren, bei ihm nachgesuchten Amtshandlung bildet, nicht befugt.

OLG. Hamburg, DIZ. 01 440, OLG, 2 392 (Kassel): Über die Zweckmäßigkeit des Ersuchens hat das ersuchte Gericht nicht zu urteilen. Das Ersuchen um Vorladung zu einer Erklärungsabgabe kann daher nicht deshalb abgelehnt werden, weil die Einsendung einer beglaubigten Erklärung gefordert oder die Erklärung durch einen Bevollmächtigten abgegeben werden kann.

OLG. 3 35 (Königsberg): Ist bei dem Ersuchen um Vernehmung einer Person die Vernehmung an Gerichtsstelle zur Zeit nicht möglich, so entscheidet das ersuchende Gericht darüber, ob die Vernehmung an einem anderen Orte oder später an Gerichtsstelle zu erfolgen hat.

OLG. Hamburg, SeuffA. 59 372: Die ersuchende Behörde hat nicht zu prüfen, ob die von der ersuchten Behörde aufgegebenen Kosten der Rechtshilfe richtig angesetzt sind oder nicht.

Über die Grundsätze betreffend die Kosten der Rechtshilfe unter den Behörden verschiedener Bundesstaaten s. Priester, MecklZ. 23 134.

2. Vormundschaftssachen.

a) OLG. 1 282 (Rostock): Wenn das Vormundschaftsgericht trotz Mangels der Voraussetzungen des § 1846 BGB. in Tätigkeit tritt, so braucht ihm ein anderes Gericht nicht Rechtshilfe zu leisten.

OLG. Königsberg, PosMschr. 01 65: Das Ersuchen des Vormundschaftsgerichts um Vernehmung des alten Vormundes über Rechenschaftsablegung gegenüber dem neuen Vormunde darf nicht abgelehnt werden.

OLG. Rostock, MecklZ. 00 228: Ist die Vormundschaft an ein anderes Gericht abgegeben, so ist das alte Vormundschaftsgericht für dieses Ersuchen nicht mehr zuständig.

b) OLG. Kolmar, R. 02 23, PuceltsZ. 33 163, ElsLothrIZ. 02 63, 389: Die elsaß-lothringischen Amtsgerichte dürfen das Ersuchen des Vormundschaftsgerichts um Vernehmung des angeblichen Vaters eines unehelichen Kindes über Anerkennung der Vaterschaft und Alimentierung nicht ablehnen. Vgl. Schäfer, SeuffBl. 02 49.

c) OLG. 2 392, R. 04 607 (Kassel): Das Ersuchen muß erkennen lassen, daß es sich um Ausführung einer bestimmten, zum Geschäftskreise des ersuchenden Gerichts gehörenden Tätigkeit handelt. Sache des Vormundschaftsgerichts ist es nicht, durch Zeugenvernehmungen Ermittelungen über die Ansprüche von Bevormundeten zu veranlassen.

d) OLG. 6 495, WürttZ. 43 247, 45 105 (Stuttgart): Ersuchen um Vernehmung des unehelichen Vaters über Anerkennung der Vaterschaft und Unterhaltspflicht dürfen nicht abgelehnt werden.

Josef, ZBlFrG. 4 167, 172 ff., ist derselben Ansicht und bespricht das bei solchen Ersuchen zu beobachtende Verfahren: Braucht der Vormund eine vollstreckbare Ausfertigung der vom Erzeuger verlautbarten Unterhaltsverpflichtungsurkunde, so muß der Vormund den Antrag bei dem Gerichtsschreiber des ersuchten Gerichts stellen, das die Urkunde aufgenommen hat und bei dem die Urschrift der Verhandlung aufbewahrt wird. Reicht der Vormund statt dessen den Antrag beim Vormundschaftsgericht ein, so wird dieses — in tatsächlicher Unterstützung des Vormundes — den Antrag dem ersuchten Gericht übermitteln; lehnt nun der Gerichtsschreiber des letzteren die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung ab, so hat der Vormund die Entscheidung des Amtsrichters anzurufen, und gegen diese steht dem Vormunde die Beschwerde zu, nicht aber dem Vormundschaftsgericht, da ein Ersuchen um Rechtshilfe hier nicht vorliegt. Von Rechtshilfe kann nur da gesprochen werden, wo ein Gericht ein anderes um eine Handlung ersucht, die eigentlich ihm selbst obliegt, die Erteilung der Vollstreckungsklausel gehört aber nicht zu den Obliegenheiten des Vormundschaftsgerichts.

Dagegen Schmale, R. 03 480: Das um Aufnahme der Urkunde ersuchte Gericht handelt nur in Vertretung des Vormundschaftsgerichts, so daß die Verpflichtungserklärung des Erzeugers als vom Vormundschaftsgericht beurkundet gilt; demnach hat das Vormundschaftsgericht, nicht das ersuchte Gericht die Urschrift der Verhandlung aufzubewahren und daher der Gerichtsschreiber des Vormundschaftsgerichts dem Vormunde die vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen.

e) Müller, R. 03 205/6, ist der Ansicht, daß das Gericht, welches die Urkunde aufgenommen habe, die vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen habe, einerlei ob es die Urschrift der Verhandlung verwahrt oder nicht.

f) OLG. Karlsruhe, R. 00 419, BadRpr. 00 228: Die Verpflichtung des Vormundes kann auch durch ein im Rechtshilfeweg ersuchtes Amtsgericht erfolgen.

OLG. Rostock, MecklZ. 20 277: Das Ersuchen, durch Verhandlung mit den Beteiligten darauf hinzuwirken, daß der Vater eines unehelichen Kindes seinen gesetzlichen Verpflichtungen gegen dasselbe nachkommt und sich durch Vereinbarung zu entsprechenden Leistungen verpflichtet, darf nicht abgelehnt werden.

OLG. Colmar, ElsLothrNotZ. 04 354, R. 04 454, OLG. 9 144: Für die Aufbewahrung und Aushändigung von Mündelvermögen besteht reichsgesetzlich keine Pflicht zur Rechtshilfe.

OLG. Stuttgart, WürttZ. 01 218: Die ordentlichen Vormundschaftsgerichte haben sich auch im Falle des Art. 60 des WürttAGBGB. Rechtshilfe zu leisten.

g) BayrObLG., SeuffBl. 63 429: Ein Ersuchen um Rechtshilfe liegt vor, wenn ein Amtsgericht ein anderes ersucht, einen Vormund über gesetzliche Bestimmungen seines Wirkungskreises zu belehren und seine hiernach abzugebende Erklärung zu beurkunden. Weicht das ersuchte Amtsgericht in nicht zu billigender Weise von der Gesetzesauslegung des ersuchenden Gerichts ab und belehrt den Vormund nach seiner eigenen — nicht zu billigenden — Ansicht, so ist Beschwerde gemäß § 160 GVG. wegen Verweigerung der Rechtshilfe veranlaßt.

3. Nachlaßsachen.

I. Josef, R. 04 14: Das Nachlaßgericht beurkundet die Auseinandersetzung nicht in seiner Eigenschaft als allgemeine Urkundsbehörde, sondern in der als die ausschließlich hierzu berufene Nachlaßbehörde. — Ersucht das Nachlaßgericht, ein anderes Gericht den im Verhandlungstermin ausgebliebenen Erben mit dem Beitritte zu der von den Erschienenen erklärten Auseinandersetzung zu vernehmen, so wird das ersuchte Gericht nicht kraft seiner allgemeinen Zuständigkeit als Beurkundungsgericht, auch nicht auf Antrag der Erben tätig, sondern lediglich zufolge Ersuchens, also in Vertretung des Nachlaßgerichts. — Die vollstreckbare

Ausfertigung der Auseinandersetzung ist vom Nachlaßgerichte, nicht vom ersuchten Gerichte zu erteilen.

II. Aus der Praxis:

a) OLG. Kiel, BreslAK. **04** 45: Die preußischen Gerichte sind verpflichtet, einem Notar, dem die Vermittelung einer Erbauseinandersetzung übertragen ist, Rechtshilfe zu leisten.

b) OLG. Colmar, ElsLothrNotZ. **04** 307, OLG. **8** 368, ElsLothrJZ. **01** 417, **04** 292, 501: Da dem Nachlaßgerichte die Beurkundung der Auseinandersetzung von Nachlässen reichsgesetzlich zusteht, haben in diesen Angelegenheiten auswärtigen Gerichten die elsaß-lothringischen Amtsgerichte Rechtshilfe zu leisten, obwohl ihnen die Vermittelung und Beurkundung der Auseinandersetzung von in ihren Bezirken angefallenen Nachlässen nicht zusteht.

c) OLG. **1** 194 (Jena): Die Verweigerung der Ausstellung eines Erbscheins, um die ein Gericht ersucht, ist nicht Verweigerung der Rechtshilfe.

d) OLG. Rostock, MecklZ. **22** 243: Das Ersuchen um Eröffnung des in beglaubigter Abschrift bei den Akten befindlichen Testaments an einen im Bezirke des ersuchten Gerichts sich aufhaltenden gesetzlichen Erben, d. h. um mündliche Publikation des ganzen Testaments, kann nicht abgelehnt werden.

4. Registersachen.

BayObLG., ZBlFrG. **2** 12: Das Registergericht kann das Gericht des Wohnorts ersuchen, den zu einer Anmeldung Verpflichteten zu vernehmen. Das Ersuchen darf nur abgelehnt werden, wenn die vorzunehmende Handlung nach dem Rechte des ersuchten Gerichts verboten ist. Die vor oder von dem ersuchten Gerichte vorgenommene Amtshandlung ist grundsätzlich gerade so zu bewerten, wie wenn sie vor oder von dem ersuchenden Gerichte selbst vorgenommen wäre.

5. Urkundsachen.

a) OLG. **5** 194 (Hamm): Ist um Aufnahme einer öffentlichen Urkunde ersucht, so darf der ersuchte Richter nicht um deswillen sich mit einer Beglaubigung der Unterschriften unter einer Privaturkunde begnügen, weil er solche beglaubigte Urkunde für ausreichend hält.

OLG. **3** 419 (Zweibrücken): Das Amtsgericht, das die Urschrift einer von einem anderen Amtsgerichte aufgenommenen Urkunde verwahrt, kann das letztere nicht um eine vollstreckbare Ausfertigung im Rechtshilfeverfahren ersuchen.

b) Hanfft, DJZ. **03** 29: Für die Beurkundung von Rechtsgeschäften besteht keine gesetzlich vorgeschriebene Rechtshilfepflicht. Jedoch scheint eine gegenseitige Rechtshilfepflicht zwischen den deutschen Gerichten kraft Herkommens auch in solchen Angelegenheiten üblich zu sein. Auf Grund dieses Herkommens sind aber die Gerichte derjenigen Bundesstaaten, in denen für solche Beurkundungen lediglich die Notare für zuständig erklärt sind, zur Rechtshilfeleistung nicht berechtigt. Nur einzelne Beurkundungen von Rechtsgeschäften, z. B. die in den Geschäftskreis des Vormundschafts- und Nachlaßgerichts fallenden Verrichtungen und die Beurkundung der Vaterschaftsanerkennung, fallen in den Rahmen des § 1 und nur insoweit findet die Rechtshilfepflicht aus § 2 Anwendung.

Dagegen Josef, DJZ. **03** 150: Die Beurkundung von Rechtsgeschäften ist den Gerichten allgemein durch Reichsgesetz übertragen; für die Beantwortung der Rechtshilfepflicht ist aber zu unterscheiden zwischen: a) selbständigen Beurkundungen von Rechtsgeschäften, z. B. Beurkundung eines Kaufvertrags, einer Generalvollmacht; sollte hier ein Ersuchen um Rechtshilfe vorkommen, so fällt es demnach unter § 2; b) Beurkundungen rechtsgeschäftlicher oder auch nichtrechtsgeschäftlicher Erklärungen in anhängigen Verfahren, z. B. das Vormundschafts- oder das Nachlaßgericht ersucht ein anderes Gericht, den Vormund zu verpflichten oder den früheren Mündel mit der Entlassungserklärung oder den im

Verhandlungstermin ausgebliebenen Erben mit dem Beitritte zur Auseinandersetzung zu vernehmen oder ihm den Nachlaßoffenbarungseid abzunehmen. Hier ist es für die Rechtshilfepflicht gleichgültig, ob die zu beurkundende Erklärung rechtsgeschäftlicher Natur ist oder nicht; maßgebend ist allein, daß das Ersuchen erfolgt in den den Gerichten durch Reichsgesetz übertragenen Angelegenheiten des Vormundschafts- und Nachlaßwesens; daher findet auf solche Ersuchen § 2 in jedem Falle Anwendung. Und umgekehrt findet, da die Grundbuchsachen den Gerichten nicht durch Reichs-, sondern durch Landesgesetze übertragen sind, hier eine Rechtshilfepflicht gemäß § 2 selbst dann nicht statt, wenn die zu beurkundende Grundbucherklärung an sich ein Rechtsgeschäft (z. B. den Beitritt zu einer Eintragungsbewilligung) zum Gegenstande hat. Für diese Fälle der Rechtshilfe sind die zwischen den einzelnen Bundesstaaten früher geschlossenen Staatsverträge noch jetzt in Kraft; für ein „Herkommen" als Rechtsgrund der Rechtshilfepflicht fehlt daher jeder Raum.

c) OLG. Darmstadt, HessRspr. **2** 82: Das Ersuchen des Grundbuchamts um Vernehmung eines Gläubigers über die behauptete Zahlung seiner Forderung und event. Einholung der Löschungsbewilligung darf nicht abgelehnt werden.

d) Hansen, DJZ. **03** 151: In Sachsen-Meiningen haben die Gerichte den Rechtshilfeersuchen um Beurkundung von Rechtsgeschäften stattzugeben, selbst wenn die Gerichte des ersuchenden Bundesstaats zur Rechtshilfe nicht verpflichtet sind.

e) OLG. **2** 393 (Colmar); **RG.** Puchelts Z. **35** 388, BraunschZ. **01** 81: Elsaß-Lothringische Gerichte haben Ersuchen um Aufnahme vollstreckbarer Urkunden abzulehnen.

§ 3. *Rietsch, ÖstNotZ. **04** 289 ff., verwirft die Ausdrücke „Sachliche und örtliche Zuständigkeit" in dem hier und vor § 1 ZPO. gebrauchten Sinne und will dafür Zuständigkeit im allgemeinen oder Geschäftskreis und Zuständigkeit im besonderen Falle oder Zuständigkeit schlechtweg setzen. Unter sachlicher, örtlicher und persönlicher Zuständigkeit versteht er die Zuständigkeit mit Rücksicht auf den Gegenstand der Amtshandlung, auf den Ort der Amtshandlung oder auf die Personen, mit denen eine Amtshandlung vorgenommen werden soll. Örtliche Zuständigkeit ist bei ihm also so viel, als Einhaltung des Amtsbezirks. Gegen Dorner, Buschs Z. **28** 241, der zwischen diesen beiden Begriffen einen Unterschied macht.

§ 5. a) OLG. Rostock, DJZ. **01** 464, MecklZ. **19** 231: Die Bestimmung des zuständigen Gerichts kann erst dann erfolgen, wenn die für die Feststellung der Zuständigkeit maßgebenden tatsächlichen Verhältnisse von dem zunächst mit der streitigen Sache befaßten Vormundschaftsgericht in ausreichender Weise klargelegt sind.

KG., KGJ. **20** A 121, OLG. **1** 137, KGBl. **00** 60: Verneinen zwei Amtsgerichte unabhängig voneinander ihre Zuständigkeit, so liegt, solange sie noch gar nicht in Erörterungen über die Frage der Zuständigkeit miteinander eingetreten sind, kein Streit vor. Ungewißheit liegt erst vor, wenn die Rechtsmittel gegen die Zuständigkeits- oder Unzuständigkeitserklärungen erschöpft sind.

b) OLG. Karlsruhe, R. **01** 387, BadRpr. **01** 187: Die beteiligten Gerichte haben unverzüglich die Entscheidung des oberen Gerichts nachzusuchen.

Das obere Gericht entscheidet über die Zuständigkeit auch ohne Antrag, wenn es zufällig von dem Zuständigkeitsstreite Kenntnis erhält. Ebenso Rausnitz, R. **01** 6.

BayObLG. **5** 142: Die Entscheidung eines zwischen mehreren Gerichten bestehenden Streites über die örtliche Zuständigkeit kann bei dem gemeinschaftlichen Obergerichte von jedermann angeregt werden, der an der Entscheidung ein rechtliches Interesse hat. Ein solches Interesse besteht namentlich auch für eine

Behörde, die ohne die Entscheidung nicht imstande sein würde, eine ihr obliegende Amtshandlung vorzunehmen.

KG., KGJ. **20** A 121, OLG. **1** 137, KGBl. **00** 60: Die Entscheidung kann nur von den streitenden Gerichten beantragt werden.

Die Entscheidung des Kammergerichts bemängelt Rausnitz, R. **01** 6.

c) BayObLG., SeuffBl. **66** 116: In Betracht kommt jede Ungewißheit über rein tatsächliche Verhältnisse, die für die Frage, ob und wo ein Wohnsitz begründet ist, von Bedeutung sind.

d) BayrObLG. **2** 442: Ersucht das Amtsgericht A. das Amtsgericht B. um Übernahme einer beim Amtsgericht A. bereits anhängig gewordenen Vormundschaft, und lehnt Amtsgericht B. dieses Ersuchen ab, so kann eine Entscheidung auf Grund des § 5 nicht ergehen, weil ein Streit über die örtliche Zuständigkeit nicht besteht, denn das Amtsgericht B. hat dem Amtsgericht A., das sich bisher für zuständig gehalten hat, seine Zuständigkeit nicht streitig gemacht.

e) KG., KGJ. **21** A 225, OLG. **2** 377: Nach der Eröffnung eines Testaments bzw. nach der Wiedereröffnung eines gemeinschaftlichen Testaments entscheidet in Preußen das Kammergericht einen über die Verwahrung entstehenden Zuständigkeitsstreit (vorher der Justizminister).

f) KG., KGJ. **26** A 178: Besteht Streit oder Ungewißheit darüber, welches von mehreren Gerichten für die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung einer gerichtlichen Urkunde zuständig ist, so findet nicht das FrGG., sondern die ZPO. Anwendung.

Vgl. §§ 46, 199.

§ 6. 1. Über Ausschließung des Richters und des Gerichtsschreibers s. Josef, BuschsZ. **29** 188 ff.

2. Pfizer, WürttZ. **01** 214: Die Bestimmung „Der Richter ist kraft Gesetzes ausgeschlossen", bedeutet nichts weiter als „Der Richter soll sich der Mitwirkung enthalten". Der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist bezüglich der Unfähigkeit und der Befangenheit dem Prozeßrichter nicht gleichzustellen. Seine Handlungen sind daher weder nichtig noch anfechtbar.

3. KG., RJA. **2** 172, KGJ. **22** A 12, R. **01** 516, ZBlFrG. **1** 238; **2** 379: Ein Handelsrichter, der zugleich Mitglied der Handelskammer ist, ist bei der Entscheidung der Kammer für Handelssachen über eine Beschwerde der Handelskammer von der Ausübung des Richteramts nicht ausgeschlossen.

4. OLG. **1** 115 (Augsburg), BayrObLG. **1** 753: Als beteiligt im Sinne des § 6 Ziff. 1 gelten nur diejenigen Richter, welche für ihre Person in die Lage kommen könnten, als Mitberechtigte oder Mitverpflichtete aufzutreten. Ein bloßes Interesse am Ausgange der Sache bildet keinen Ausschließungs-, höchstens einen Ablehnungsgrund. Die Mitgliedschaft zu einem Verein bildet im allgemeinen keinen Ausschließungsgrund für den Richter, denselben einzutragen. — Ist der Richter aber Vorstandsmitglied des Vereins, so liegt ein Ausschließungsgrund nach § 6 Ziff. 4 vor.

5. OLG. **7** 338 (KG.), BayrNotZ. **04** 44: Ein Notar kann wegen Befangenheit nicht abgelehnt werden.

§ 8. OLG. Kolmar, ElsLothrJZ. **02** 65: Ordnungsstrafen können gelegentlich der Verhandlungen freiwilliger Gerichtsbarkeit über hierbei beteiligte wie nicht beteiligte Personen verhängt werden, wenn sie sich einer Ungebühr schuldig machen.

§ 9. 1. KG., PosMschr. **00** 175: Das Amtsgericht ist nicht berechtigt, im allgemeinen einen Dolmetscher für notarielle Akte zu beeidigen.

2. *Birkenbihl, Komm. 6 ff., Rausnitz, Komm. 59: Unter den „beteiligten Personen" sind hier — anders in § 6 — auch die etwa zugezogenen Zeugen verstanden.

§ 10. Josef, ZBlFrG. **5** 174: Unterläßt das Gericht die Bearbeitung einer Rechtsangelegenheit während der Gerichtsferien, so findet nur die Aufsichtsbeschwerde wegen Unterlassung des Geschäftsbetriebes, also wegen Verzögerung statt, nicht die materielle Beschwerde. Denn es ist hier in der Sache selbst keine Entscheidung ergangen, folglich auch kein Recht der Beteiligten beeinträchtigt.

LG. Kaiserslautern, SeuffBl. **00** 494: Auf das Verfahren zwecks Anordnung einer vorläufigen Vormundschaft gemäß § 1906 BGB. haben die Gerichtsferien keinen Einfluß.

§ 11. Schmidt, ZBlFrG. **4** 319: Die Beurkundung zu Protokoll des Gerichtsschreibers genügt nur, soweit das Gesetz nicht weitere Förmlichkeiten vorschreibt; daher z. B. nicht bei der Anerkennung der Vaterschaft gemäß §§ 1718, 1720 BGB.

§ 12. 1. KG., KGJ. **20** A 277, OLG. **1** 382: Die Vorschrift des § 12 gilt nicht für den Grundbuchrichter und ist auch nicht analog auf ihn anzuwenden.

2. OLG. **4** 97 (KG.), OLG. Jena, R. **01** 621: Das Gericht hat bei der Auswahl der Beweise freie Hand und ist an Beweisanträge nicht gebunden.

BayrObLG. **4** 1; **5** 414, R. **03** 81; **04** 449: Der Umfang der anzustellenden Ermittelungen liegt im Ermessen des Gerichts. Dieses ist nicht verpflichtet, alle überhaupt möglichen Ermittelungen zu erschöpfen; sobald es eine Tatsache für hinlänglich festgestellt erachtet, braucht es weitere Ermittelungen nicht vorzunehmen.

KG., RJA. **1** 139, R. **00** 539, ThürBl. **48** 319, ZBlFrG. **1** 565: Das Gericht ist nur zu den allgemein üblichen Ermittelungen und Beweiserhebungen befugt. Hierzu gehört nicht die Anordnung der amtlichen Aufnahme des vom Vater gemäß § 1640 BGB. einzureichenden Verzeichnisses.

BayrObLG., R. **04** 143: Inwieweit den Beteiligten Gelegenheit zur Äußerung zu geben ist, entscheidet der Richter.

3. Josef, R. **03** 515: Das Amtsgericht hat nach Abschluß der angestellten Ermittelungen mindestens die Beteiligten zu fragen, ob sie noch anderweitige Ermittelungen vorzuschlagen in der Lage sind. Die Verletzung dieser Pflicht wird jedoch das Beschwerdegericht im Antragsverfahren nur berücksichtigen, wenn der Beschwerdeführer zugleich weitere Ermittelungen vorschlägt. In einem amtswegigen Verfahren kann dagegen auch ohne letztere Voraussetzung wegen Verletzung jener Pflicht die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung geboten sein.

4. KG., KGJ. **21** A 6, OLG. **1** 412; **8** 222, SchlHolstAnz. **04** 110: Der Richter hat sich auch von dem Inhalt des in Betracht kommenden ausländischen Rechtes von Amts wegen Kenntnis zu verschaffen.

Klein, ÖstZBl. **03** 448: Er kann zur Ermittelung desselben die Hilfe der Antragsteller in Anspruch nehmen.

5. OLG. **4** 97, FrankfRundsch. **01** 120 (KG.): Das Beschwerdegericht muß sich selbst die für seine Entscheidung notwendigen tatsächlichen Unterlagen verschaffen und darf sich dieser Pflicht nicht durch Zurückverweisung der Sache in die erste Instanz entziehen; es kann aber für die Ermittelung die Hilfe des Amtsgerichts durch Ersuchen in Anspruch nehmen.

6. LG. Karlsruhe, BadRpr. **01** 56: Bei Ausschlagung der Erbschaft seitens der zunächst berufenen Erben hat das Nachlaßgericht zwecks Benachrichtigung der nun berufenen Erben von Amts wegen Ermittelungen zu deren Feststellung vorzunehmen.

Vgl. §§ 15, 132.

§ 13. 1. BayrObLG. 5 1: Wenn die Erklärung, durch welche jemand den Willen kundgibt, einen anderen zu bevollmächtigen, dem anderen nicht zugegangen ist, so ist die Bevollmächtigung nicht wirksam geworden; Zustellungen müssen daher an den Vollmachtgeber selbst erfolgen.

OLG. Rostock, MecklZ. 20 20: Die Vollmacht eines Vertreters ist nur auf Verlangen vorzulegen; das Gericht braucht den Mangel der Vollmacht nicht von Amts wegen zu berücksichtigen.

OLG. Kolmar, ElsLothrJZ. 02 391: Wenn nicht einer der Beteiligten den Nachweis der Bevollmächtigung durch eine öffentlich beglaubigte Vollmacht verlangt, bleibt es dem Ermessen des Gerichts überlassen, ob und in welcher Weise dieser Nachweis zu erbringen ist. Es kann auch von solchem Nachweis ganz absehen, wenn nach den tatsächlichen Verhältnissen, insbesondere mit Rücksicht auf die Stellung des als Bevollmächtigten Auftretenden, anzunehmen ist, daß eine Bevollmächtigung vorliegt.

2. Fuchs, R. 00 300: Tritt in den Fällen, in welchen die Verhandlung mit einem Bevollmächtigten unzulässig, also auch eine Vertretung in der Erklärung des Willens ausgeschlossen ist, ein Bevollmächtigter auf, so hat ihn das Gericht zurückzuweisen. Ist ein Bevollmächtigter trotzdem zugelassen worden, so ist die Verhandlung dem Vertretenen gegenüber ohne alle rechtliche Wirkung, weil er wegen Unzulässigkeit der Vertretung als bei der Verhandlung gar nicht beteiligt anzusehen ist.

3. Schiffer, R. 01 586: Regelmäßig hat auch der einen Antrag für die Beteiligten stellende Notar einen Vollmachtsnachweis beizubringen. Ausnahmen von diesem Grundsatze sind nur gegeben, wenn es sich um Anträge handelt, die in der vom Notar überreichten Urkunde bereits enthalten sind und von ihm also nur wiederholt werden, und ferner in solchen Fällen, wo er selbst die Grundlage der von ihm beantragten Eintragung beurkundet oder beglaubigt hat (§ 71 FrGG., § 15 GBO). Anders Rausnitz, Komm. (7) zu § 13.

KG., RJA. 4 135, BayrNotZ. 04 107, OLG. 8 232, R. 04 412, ZBlFrG. 5 83: Der Notar, welcher auf Grund einer von ihm beurkundeten Erklärung namens der Beteiligten einen der Erklärung entsprechenden Antrag stellt, gilt nur in den besonderen vom Gesetze ausdrücklich bestimmten Ausnahmefällen als zur Antragstellung ermächtigt; in allen übrigen Fällen ist er auf Verlangen des Gerichts verpflichtet, seine Ermächtigung durch Vorlegung einer Vollmacht nachzuweisen.

BayrObLG. 4 215: Der einen Antrag beurkundende Notar gilt damit nicht ohne weiteres als bevollmächtigt, gegen eine den Antrag abweisende Verfügung Beschwerde einzulegen.

4. KG., KGJ. 24 A 148; OLG. 6 483, 4 100, 8 231; BayObLG., SeuffA. 56 485, BayObLG. 1 658: Eine Beschwerde darf wegen mangelnder Vollmacht des Vertreters des Beschwerdeführers erst dann zurückgewiesen werden, wenn dem Vertreter die Einreichung einer Vollmacht erfolglos aufgegeben worden ist.

KG., KGJ. 27 A 3: Wenn eine Beschwerdeschrift mit dem Namen des Beschwerdeführers von einer anderen Person ohne Andeutung eines Vollmachtverhältnisses unterzeichnet ist, so hat das Beschwerdegericht nicht ohne weiteres die Beschwerde wegen Formmangels zu verwerfen, sondern zunächst von Amts wegen zu erörtern, ob der andere zur Abgabe der Namensunterschrift bevollmächtigt war.

5. LG. Dresden, ZBlFrG. 00 467, 468: Bei der Unterhaltsabfindung kann der uneheliche Erzeuger, ohne sich zu nennen, sich durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist aus diesem

Grunde nicht zu versagen, nur muß eine besondere Gewähr für Erfüllung der Vereinbarung durch den ungenannten Vater gefordert werden.

6. Bollenbeck, DNotV. 3 261; OLG. Colmar, ElsLothNotZ. 03 170; Jastrow, Formularbuch II 309: Die Versicherung an Eidesstatt im Erbscheinsverfahren kann nicht durch einen Bevollmächtigten abgegeben werden.

Anders Boschan, Nachlaßsachen I 47: Das Gericht kann eine ihm beizubringende Überzeugung auch auf Grund einer von einem Bevollmächtigten abgegebenen eidesstattlichen Versicherung erlangen und sie auf Grund dieser dem Antragsteller erlassen.

Josef, DNotV. 3 460: Wie bei der Abgabe rechtsgeschäftlicher Erklärungen, so können auch bei der Erklärung eidesstattlicher Versicherungen (also bei Schaffung bloßer Zeugnisse) die Beteiligten sich durch Bevollmächtigte vertreten lassen. Daher ist es auch gesetzlich zulässig, daß im Erbscheinverfahren die dem Erben obliegende eidesstattliche Versicherung durch einen Bevollmächtigten abgegeben wird; Gerichte und Notare können also die Beurkundung derartiger Versicherungen nicht ablehnen und das Nachlaßgericht kann sie nicht als ungesetzlich und folglich unwirksam behandeln. Das Nachlaßgericht kann aber auf Grund dieser vom Bevollmächtigten des Erben abgegebenen eidesstattlichen Versicherung den Erbschein nur erteilen, wenn er sie für ebenso beweiskräftig, als die persönliche des Erben hält, also wenn es auf Grund der Versicherung des Bevollmächtigten die zur Begründung des behaupteten Erbrechts erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet. In diesem Falle macht das Gericht nicht von seinem Rechte Gebrauch, dem Erben die Versicherung — als nach Lage des Falles nicht erforderlich — zu erlassen, sondern der Erbe hat hier die Versicherung in gesetzlich zulässiger Weise durch den Bevollmächtigten abgegeben.

7. KG., RJA. 4 31, ZBlFrG. 4 541, KGJ. 26 A 232: Die Bewirkung einer Anmeldung zum Vereinsregister durch einen Bevollmächtigten der Vorstandsmitglieder ist zulässig; die Vollmacht bedarf der öffentlichen Beglaubigung.

8. Josef, R. 04 101: Auch im Ordnungsstrafverfahren des Registergerichts kann der Beteiligte sich durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen; das Gericht kann aber das persönliche Erscheinen anordnen. — Bleibt diese Anordnung erfolglos, so kann das Gericht Zwangsmaßregeln nicht anwenden, da der Beklagte nicht zu dem Gericht in einem Pflichtverhältnisse steht.

Anders Marcus, DJZ. 03 494: Das Recht, das persönliche Erscheinen des Beteiligten anzuordnen, also den bestellten Bevollmächtigten zurückzuweisen, besteht im Ordnungsstrafverfahren des Registergerichts nicht, denn es handelt sich um ein Strafverfahren, in dem derartige Anordnungen, wie überhaupt jeder Zwang, nur insoweit geübt werden können, als das Gesetz sie ausdrücklich zuläßt.

Vgl. § 86.

§ 14. 1. KG., KGJ. 21 A 185: Der § 14 gilt nur für ein Verfahren nach den Vorschriften des FrGG. Er findet keine Anwendung auf eine Erbauseinandersetzung nach altem Rechte. Für die Beschwerde und weitere Beschwerde wegen Versagung des Armenrechts sind nicht die Vorschriften der ZPO., sondern die §§ 19 ff. FrGG. maßgebend.

2. BayOLG., R. 03 81, BayOLG. 4 1: Der § 14 gibt, auch wenn die Voraussetzungen der Bewilligung des Armenrechts vorliegen, kein Recht auf Beiordnung eines Rechtsanwalts, sondern stellt diese in das Ermessen des Gerichts. Die Ablehnung der Beiordnung, auch wenn letztere geboten war, ist keine die weitere Beschwerde begründende Rechtsverletzung.

3. *Lehmer, JustizdRundsch. 04 234 ff.: In den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, soweit dieselben durch Reichsgesetz vorbehaltlich besonderer Bestimmung den Gerichten oder landesrechtlich an Stelle dieser anderen

Behörden übertragen sind oder soweit durch Art. 129 BayAGBGB. die Vorschriften der §§ 2—27, 29—34, 199 Abs. 2 FGG. für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, für welche landesgesetzliche Vorschriften gelten, Anwendung finden, kann das Armenrecht nur auf Grund eines vorgelegten, den Bestimmungen der ZPO. entsprechenden Armutszeugnisses oder einer Bestätigung des Vormundschaftsgerichts über das Unvermögen zur Bestreitung von Gerichtskosten durch förmlichen Beschluß, welcher gemäß § 16 FGG. zuzustellen oder den anwesenden Beteiligten zu verkünden ist, bewilligt werden.

§ 15. 1. KG., RJA. **4** 1, ZBlFrG. **4** 521, KGJ. **26** A 175, OLG. **8** 370, SchlHolstAnz. **04** 346, R. **04** 53; OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 302: Diejenigen Bestimmungen der Zivilprozeßordnung über den Zeugenbeweis, welche dem im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit herrschenden Offizialverfahren widersprechen, müssen außer Anwendung bleiben. Es kann daher eine Beweisaufnahme stattfinden, ohne daß die Parteien von den Terminen zur Beweiserhebung in Kenntnis gesetzt werden müßten und daß ihnen freigestellt zu sein brauchte, Fragen an die Zeugen zu richten.

2. BayObLG., SchlHolstAnz. **01** 202, BayObLG. **1** 506, SeuffA. **55** 256, KG., PosMschr. **04** 133: Die Beeidigung von Auskunftspersonen hängt vom Ermessen des Gerichts ab.

3. Josef, Buschs Z. **32** 297: Zu den anwendbaren Vorschriften gehören auch § 379 ZPO. und § 6 PrGKG., wonach die Vornahme von Amtshandlungen, insbesondere von Beweisaufnahmen, von der Zahlung eines Auslagenvorschusses abhängig gemacht werden kann.

Diese Befugnis des Gerichts fällt nur fort, wo kraft besonderer Vorschrift oder aus Gründen des öffentlichen Interesses ein Einschreiten des Gerichts von Amts wegen geboten ist. Dagegen schließt die Tatsache, daß die Amtshandlung den Antrag eines Beteiligten nicht erfordert, das Gericht sie also von Amts wegen vornehmen kann, die Anwendung der genannten Vorschriften nicht aus.

4. Planck, WürttZ. **02** 129: Die Vormundschafts- und Nachlaßgerichte sind befugt, Zeugen und Sachverständige, soweit es im einzelnen Falle angemessen erscheint, unter Anwendung der Vorschriften der ZPO. eidlich zu vernehmen.

5. Josef, ZBlFrG. **4** 165: Im Gegensatze zu der namentlich in der Rechtsprechung herrschenden Ansicht ist das Vormundschaftsgericht für berechtigt zu erachten, dem Vormunde, dem grundsätzlich die selbständige Wahrnehmung der Rechte des Mündels obliegt, hierbei auf sein Ansuchen in jeder Weise zu unterstützen; daher ist es auch berechtigt, behufs Klarstellung privatrechtlicher Ansprüche des Mündels, z. B. zwecks Ermittelung seines Erzeugers, demnach auch behufs Entschließung des Vormundes über Verfolgung oder Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten, Zeugen zu vernehmen. Denn die Befugnis zu Beweisaufnahmen steht dem Vormundschaftsgerichte nach § 15 allgemein zu; und eine Vorschrift, wonach sie ihm behufs Unterstützung des Vormundes zwecks Vorbereitung eines Prozesses verboten ist, besteht nicht. Daraus folgt ihre Zulässigkeit.

6. (Vgl. JDR. **2** Ziff. 1 zu § 1707 BGB.) LG. Bremen, HansGerZ. **01** Beibl. 37; LG. München, ZBlFrG. **1** 519; LG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 136; Tebelmann, DJZ. **03** 570: Die uneheliche Mutter kann nicht gezwungen werden, über die Person des Schwängerers Zeugnis abzulegen.

KG., KGJ. **22** A 205, FrankfRundsch. **01** 165: Das Vormundschaftsgericht darf nicht zwecks Ermittelung der Vaterschaft denjenigen, welchen es für den natürlichen Vater des Mündels hält, als Zeugen vernehmen.

Das Vormundschaftsgericht hat über die Einwendungen des Zeugen nach den Vorschriften über die Verweigerung des Zeugnisses zu befinden, und seine Entscheidung unterliegt der Anfechtung im Rechtsmittelzuge.

§ 16. 1. Über Bekanntmachung und Wirksamkeit von Verfügungen s. Josef, BuschsZ. 29 202.

2. Frese, SächsA. 11 417, erörtert eingehend die Wirksamkeit der gerichtlichen Verfügungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Er gelangt dabei zu folgenden von Ausnahmen durchbrochenen Sätzen: Die einen Antrag zurückweisende Verfügung ist, wenn die Verfügung nur auf Antrag erlassen werden konnte, in der Regel auch nur dem Antragsteller bekannt zu machen. Auch die Entscheidung des Beschwerdegerichts, wodurch die Beschwerde des Antragstellers gegen die zurückweisende Verfügung zurückgewiesen wird, ist nur dem Antragsteller bekannt zu machen. In allen anderen Fällen ist eine Verfügung, die erst mit der Rechtskraft wirksam wird, jedem bekannt zu machen, dessen Recht durch die Verfügung betroffen wird und für den deshalb die Verfügung eine Beeinträchtigung seines Rechtes enthalten kann. Die Bekanntmachung gerichtlicher Verfügungen ist, soweit sie nicht an einen Anwesenden zu Protokoll erfolgen kann, in allen wichtigen Fällen durch Zustellung zu bewirken. Verfügungen bedürfen in allen Fällen einer schriftlichen Abfassung oder doch einer protokollarischen Beurkundung. Das Gesetz unterscheidet zwischen der Entstehung, dem Erlasse, der Bekanntmachung und dem Wirksamwerden der Verfügungen. Der Eintritt der Wirksamkeit einer Verfügung erfolgt in der Regel einheitlich für alle Beteiligten. Zum Eintritte der Wirksamkeit gegenüber allen Beteiligten gehört nur die Bekanntmachung an denjenigen, für welchen die Verfügung ihrem Inhalte nach bestimmt ist. Gegenüber Dritten wird die Verfügung in der Regel sofort wirksam, wenn sie für die Beteiligten wirksam wird. Es gibt Verfügungen, bei denen mit dem Eintritt ihrer Wirksamkeit für die Beteiligten sofort die ihrem Inhalt entsprechende Rechtslage eintritt, und andere, die hierzu noch der Ausführung und ev. zwangsweisen Vollziehung bedürfen. Die Vollziehung liegt in der Regel dem Gericht erster Instanz ob, dem zu diesem Zwecke eine gewisse von Amts wegen auszuübende Zwangsgewalt beigelegt ist. Die Vollziehbarkeit der Verfügungen tritt ein mit dem Eintritt ihrer Wirksamkeit. Die einmal eingetretene Wirksamkeit einer Verfügung endigt in der Regel nur mit dem Wirksamwerden einer neuen Verfügung, durch welche die frühere Verfügung aufgehoben oder abgeändert wird. In der höheren Instanz können Verfügungen regelmäßig, innerhalb derselben Instanz unter gewissen Umständen wieder aufgehoben werden. Eine Verfügung, durch die eine frühere Verfügung vom Instanzgerichte geändert wird, wird unter denselben Voraussetzungen wirksam wie die geänderte Verfügung. Die Aufhebung der früheren Verfügung erfolgt in der Regel mit Wirkung ex tunc. Für die Frage, inwieweit aufhebende Verfügungen der Vollziehung bedürfen und wie diese Vollziehung zu erfolgen hat, gelten die allgemeinen Grundsätze.

3. Schmid, ZBlFrG. 3 266 ff.: Auf die Frage, wann die Bekanntmachung als erfolgt anzusehen ist, sind die Grundsätze der §§ 130, 132 BGB. entsprechend anzuwenden.

4. Josef, AzivPr. 96 219: Die Wirksamkeit tritt ein mit dem Augenblicke der Bekanntmachung, so daß die Tagesstunde der Zustellung oder sonstigen Mitteilung unter Umständen zu ermitteln ist. Denn Rechtshandlungen, die z. B. der ernannte Vereinsvorsteher oder Liquidator (§ 29 BGB., § 146 Abs. 2 HGB.) am Tage ihrer Ernennung, aber bevor diese ihnen bekannt gemacht ist, vornehmen, sind für den Verein oder die Gesellschafter unverbindlich, während Handlungen des Testamentsvollstreckers oder des Vormundes für die Erben und den Mündel verbindlich sind, wenn diese Handlungen vorgenommen sind an dem Tage, wo jenen die Entlassungsverfügung zugestellt wurde, aber um eine Tagesstunde, zu der die Zustellung noch nicht erfolgt war. Auch der Erbschein ist

eine Verfügung im Sinne des § 16 und seine Wirksamkeit beginnt mit der Stunde, wo er dem Erben bekannt gemacht ist; sie hört auf mit der Stunde, wo der Erbschein dem Erben als unrichtig weggenommen wird. Sofern Rechtshandlungen, die am Tage der Bekanntmachung oder der Wegnahme erfolgt sind, in Frage stehen, kann es also notwendig werden, die Tagesstunde zu ermitteln.

5. Schmid, ZBlFrG. 3 266 ff.: Bei Mangel entgegenstehender landesrechtlicher Vorschriften genügt die Bekanntmachung zu Protokoll des Gerichtsschreibers. Dabei ist aber vorausgesetzt, daß der Richter die Genehmigung in einer an den Vormund gerichteten Verfügung ausgesprochen und den Gerichtsschreiber zur Bekanntgabe ermächtigt hat. Ein bloßer Aktenvermerk, der ohne Willen des Richters dem Vormunde bekannt wird, enthält keine Erklärung des Richters an den Vormund.

KG., KGJ. 22 A 16, ZBlFrG. 2 37, RJA. 2 53, OLG. 4 347, R. 01 349: Auch eine Verfügung, mit deren Bekanntmachung der Lauf einer Frist beginnt, kann zu Protokoll bekannt gemacht werden.

OLG. 4 348 (Braunschweig): Sie kann auch formlos ohne Protokoll bekannt gemacht werden.

Hiergegen Josef, DNotV. 3 545: Die rein mündliche — gesprächsweise — erfolgte Genehmigung des Vormundschaftsrichters zu Rechtshandlungen des Vormundes führt nicht die Wirksamkeit der Genehmigungsverfügung herbei; vielmehr muß die Verfügung entweder schriftlich dem Vormunde zugehen oder ihm zu Protokoll bekannt gemacht sein. Solange dies nicht der Fall ist, kann die Verfügung abgeändert werden.

6. KG., RJA. 2 210, ZBlFrG. 2 560, KGJ. 22 A 198, OLG. 4 3, R. 02 16: Zustellungen, die nur an den Beteiligten selbst, nicht aber an seinen für das Verfahren bestellten Bevollmächtigten erfolgen, sind unwirksam. Der § 176 ZPO. findet auch in dem Verfahren vor dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechende Anwendung. Anders BayObLG., R. 04 141, SeuffA. 59 253.

7. Werle, ZBlFrG. 3 1 ff., Josef, ZBlFrG. 3 763 ff., BayObLG., ZBlFrG. 4 843, BayObLG. 5 1: Die Bekanntmachung der gerichtlichen Verfügungen kann auch an den von dem Beteiligten bestellten Bevollmächtigten erfolgen, sie muß dies aber nicht. Ein Zwang zur Bekanntmachung an den Bevollmächtigten besteht für das Gericht nicht. Mit gleicher Wirkung ist auch die Bekanntmachung an den Beteiligten selbst zulässig; zu den im Abs. 2 für anwendbar erklärten Vorschriften der ZPO. gehört deren § 176 nicht. A. M. Frese, ZBlFrG. 3 320 ff., Marcus, DJZ. 03 494, Fuchs, Gruchots Beitr. 47 463, Busch, Festgabe der Berliner Jur. Gesellschaft zu Kochs Jubiläum 185.

8. Breit, ZBlFrG. 4 482: Wenn das Vormundschaftsgericht von einer Behörde um Erteilung der Genehmigung zu einer Rechtshandlung des Vormundes ersucht wird und die Genehmigung einfach in den ihm zugegangenen Akten der ersuchenden Behörde vermerkt und sodann die Akten zurücksendet, so ist hierin ein Ersuchen um Bekanntmachung der Genehmigung an den Vormund zu erblicken. Die ersuchende Behörde kann daher als Beauftragte des Vormundschaftsgerichts die Bekanntmachung der Genehmigung an den Vormund rechtswirksam vornehmen.

BayObLG. 2 746: Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung wird erst wirksam mit der Bekanntmachung an den Vormund bzw. Pfleger; dieser kann auf die Bekanntmachung nicht mit der Wirkung verzichten, daß die Genehmigung mit der Beschlußfassung des Gerichts als erteilt gilt. Den anderen Beteiligten gegenüber wird die Genehmigung erst wirksam, wenn der Vormund bzw. Pfleger sie ihnen mitteilt; sie können auf die Mitteilung nur gemäß § 151 BGB., nicht

aber mit der Wirkung verzichten, daß die Genehmigung ihnen gegenüber als erteilt gilt, sobald sie dem Pfleger gegenüber erteilt ist.

9. Marcus, IBl. 03 10: Die Verfügung, durch die dem Erben die eidesstattliche Versicherung seiner Angaben zwecks Erlangung des Erbscheins erlassen wird, ist dem Erben nicht besonders bekannt zu geben.

10. Josef, DIZ. 04 63: Auf Eintragungen in öffentliche Bücher, obwohl sie als Verfügungen der Beschwerde unterliegen, findet die Vorschrift, wonach Verfügungen erst mit der Bekanntmachung wirksam werden, keine Anwendung; sie führen vielmehr für die Beteiligten einen rechtlichen Erfolg unmittelbar herbei.

11. Josef, R. 02 90: Wenn das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit berechtigt ist, die Befolgung einer Anordnung, z. B. die Vorlegung der Geschäftsbücher an den Kommanditisten, durch Zwangsmaßregeln durchzusetzen (§ 166 BGB., § 145 FrGG.), so ist durch jene Verfügung andererseits doch auch eine privatrechtliche Verbindlichkeit des einen Beteiligten gegen den anderen begründet; folglich ist der Gläubiger auch berechtigt, seine Ansprüche aus einer solchen Verfügung, z. B. die Vorlegung der Bücher, durch Klage vor dem Prozeßgerichte geltend zu machen und sodann die Vollstreckung gemäß der ZPO. zu betreiben; der Gläubiger ist also nicht verpflichtet, in diesen Fällen die nach dem Gesetze zulässige Tätigkeit des Registergerichts behufs Vollstreckung nachzusuchen. Voraussetzung dieses Klagerechts ist aber, daß die Entscheidung des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht etwa eine solche ist, die von Amts wegen zu vollstrecken ist. Ordnet z. B. das Vormundschaftsgericht auf Anregung der geschiedenen Mutter zum Schutze des Kindes an, daß es ihr vom Vater herauszugeben sei, so ist diese Anordnung von Amts wegen zur Ausführung zu bringen, die Mutter also nicht Gläubigerin, folglich zur Klage gegen den Vater auf Herausgabe nicht legitimiert.

§ 18. 1. Gläßing, ZBlFrG. 1 831, erörtert die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Verfügungen auf dem Gebiete der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit. Er stellt als Regel auf, daß die Nichtigkeit ipso iure wirkt, und sieht die Rechtsgültigkeit der Rechtsakte im Falle der Verletzung zwingender Vorschriften als eine Ausnahme von dieser Regel an. Anders Schefold, AzivPr. 87 453, Pfizer, WürttZ. 01 214.

2. Schneider, BuschsZ. 29 96, erörtert eingehend das Beschlußverfahren in privatrechtlichen streitigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Hinsichtlich der Rechtskraft der Entscheidungen kommt er zu folgendem Ergebnisse: Den Entscheidungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit kommt nicht bloß formelle Rechtskraft, d. h. Unabänderlichkeit für alle Instanzen infolge Ablaufs der Beschwerdefrist, sondern auch materielle Rechtskraft zu, d. h. es ist ihnen eine den Streitpunkt endgültig feststellende Kraft überall beizulegen, wo sie über bestrittene Rechte ergehen. Dies muß der Fall sein, weil der Staat verständigerweise nur einmal einen solchen Rechtsschutz, ein Verfahren zur Feststellung des streitigen Rechtes zur Verfügung stellen kann. Aus dieser materiellen Rechtskraft folgt z. B., daß die die Entziehung der Schlüsselgewalt aufhebende rechtskräftige Verfügung des Vormundschaftsgerichts jede entgegengesetzte Eintragung ausschließt, diesbezügliche Anträge des Mannes also vom Registergericht abzulehnen sind, daß ferner, wenn der Antrag des Mannes, ihn zur Kündigung des von der Frau eingegangenen Dienstvertrags zu ermächtigen, vom Vormundschaftsgerichte zurückgewiesen ist, diese Entscheidung derart in Rechtskraft übergeht, daß wiederholte Anträge des Mannes, ihn zur Kündigung zu ermächtigen, ausgeschlossen sind.

Anders Josef, BuschsZ. 31 71: Insoweit eine im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergangene Entscheidung vom Gerichte geändert werden kann, ist sie einer materiellen Rechtskraft nicht fähig; das Gericht kann daher die

sachliche Prüfung erneuter Anträge auf Aberkennung des zuerkannten oder Zuerkennung des aberkannten Rechtes nicht ablehnen, und die Beteiligten können die Beschwerde gegen die ihnen ungünstige abändernde Entscheidung nicht darauf stützen, daß die in der Sache früher ergangene Entscheidung von den Beschwerdegerichten bestätigt, also unanfechtbar geworden sei.

Insoweit eine im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergangene Entscheidung vom Gerichte nicht mehr geändert werden kann, wird sie rechtskräftig nur in dem Sinne, daß das Gericht das aberkannte Recht nicht mehr zuerkennen, das zuerkannte nicht mehr aberkennen kann; doch ist das Gericht auch hier befugt, jene Entscheidung auf Grund neuer, nach ihrem Erlaß eingetretener Tatsachen durch eine neue Verfügung ihrer Wirksamkeit zu berauben. In keinem Falle geht die Rechtskraft der Verfügung über die einzelne von ihr betroffene Angelegenheit hinaus; der Mann oder der Vormund werden dadurch, daß das Vormundschaftsgericht eine einzelne kraft des ehemännlichen Rechtes erfolgte Bestimmung aufhebt oder eine dem Vormunde zustehende Ermächtigung ersetzt, nicht gehindert, von der ehemännlichen oder vormundschaftlichen Gewalt in einer der ergangenen Entscheidung entgegengesetzten Weise Gebrauch zu machen.

3. OLG. Hamburg, DJZ. **00** 304, OLG. **1** 267, R. **00** 496: Das Gericht darf nicht mehr abändern, sobald es die bei ihm eingelegte Beschwerde, ohne ihr abgeholfen zu haben, dem Beschwerdegericht vorgelegt hat.

Anders Keßler, ZBlFrG. **1** 269: Das Gericht erster Instanz ist zur nachträglichen Änderung einer von ihm erlassenen Verfügung auch nach eingelegter Beschwerde befugt, insbesondere sowohl dann, wenn die Beschwerde beim Beschwerdegericht eingelegt ist, als auch dann, wenn es die bei ihm eingelegte Beschwerde schon dem Beschwerdegericht zur Entscheidung vorgelegt hat.

4. Fuchs, BuschsZ. **31** 411: Die Rechtskraft der Verfügungen, die der sofortigen Beschwerde unterliegen, tritt mit der Zurücknahme der Beschwerde nur dann ein, wenn in der Zurücknahme ein Verzicht auf das Rechtsmittel liegt; ob letzteres der Fall, ist Sache der Auslegung. Mangels dieser Voraussetzung kann das Rechtsmittel innerhalb der Beschwerdefrist von neuem eingelegt werden.

5. Aron, GruchotsBeitr. **45** 599: Die Aufhebung einer richterlichen Verfügung wirkt grundsätzlich nur ex nunc, jedoch erleidet dieser Satz eine Reihe von Ausnahmen.

6. BayrObLG. **4** 340, R. **03** 316: Die Berichtigung einer offenbaren Unrichtigkeit bei den der sofortigen Beschwerde unterliegenden Entscheidungen ist dem Gerichte gestattet.

7. OLG. Braunschweig, SeuffA. **57** 187: Abs. 2 schließt die Befugnis des Gerichts nicht aus, seine Verfügung wegen eines nach ihrer Bekanntmachung eingetretenen neuen Umstandes wieder aufzuheben, soweit das Gesetz eine solche Aufhebung selbst nach Eintritt der Rechtskraft der Verfügung zuläßt; und zwar genügt es, wenn sich aus dem Gesetze kein Umstand ergibt, der gegen die Zulässigkeit spricht.

8. BayrObLG. **3** 49, **4** 350, R. **02** 128: Die auf weitere Beschwerde hin ergangene Entscheidung kann nachträglich nicht abgeändert werden.

§ 19. 1. Allgemeines.

a) Du Chesne, ZBlFrG. **3** 324; **4** 189: Die Beschwerde der freiwilligen Gerichtsbarkeit vereinigt im allgemeinen zwei durchaus verschiedene Funktionen in sich, nämlich eine formell-rechtliche und eine materiell-rechtliche. In ihrer formell-rechtlichen Funktion, nämlich als Reaktion des Einzelnen gegen eine behauptete Verletzung des öffentlich-rechtlichen Anspruchs auf Gewährung der vom Gesetz erforderten staatlichen Beteiligung an einem Rechtsvorgang („Rechtsbewährungsanspruch"), steht sie nur dem zu, der das Verfahren betreibt; denn nur dieser hat

den gedachten Anspruch geltend gemacht und nur dieser kann daher durch Verweigerung oder durch mangelhafte Gewährung seiner Befriedigung beeinträchtigt werden. Hier ist die Beschwerde reines Rechtsmittel, wie die Berufung und die Beschwerde der ZPO. Dagegen steht die Beschwerde in ihrer materiell-rechtlichen Funktion als Reaktion des Einzelnen gegen eine Beeinträchtigung seines materiellen Rechtskreises (absoluter und relativer Rechte) durch eine Verfügung der Behörde jedem zu, der durch die Beeinträchtigung betroffen wird, auch wenn er das Verfahren nicht betreibt; sie ist in dieser Funktion eigentlich nur ein Antrag, nämlich auf Beseitigung der beeinträchtigenden Maßregel, und ist somit mehr der Klage des Zivilprozesses zu vergleichen. Gegner ist in diesem Falle die Behörde erster Instanz, Gericht die Behörde zweiter Instanz. Gemeinsam ist diesen beiden Arten der Beschwerde nur, daß sie eine behördliche Maßregel bekämpfen. — Auch die Beschwerde in ihrer formalen Funktion steht nur dem zu, der an dem Verfahren materiell beteiligt ist; liegt diese materielle Beteiligung nicht vor, so ist die Beschwerde als unzulässig abzuweisen; liegt materielle Beteiligung vor, während sie nur keinen „Rechtsbewährungsanspruch" erzeugt, so ist die Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen. Wie das wirkliche Klagerecht im Zivilprozesse, beruht auch das Beschwerderecht in der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf der materiellen Beteiligung. Die Beschwerde in formell-rechtlicher Funktion richtet sich nun gegen die Zurückweisung oder ungenügende Beachtung eines Rechtsbewährungsanspruchs; darüber ob die Beschwerde zustehe, wird erst im Beschwerdeverfahren entschieden; unzulässig ist die Beschwerde nur, wenn das Verfahren erster Instanz einen Antrag des Beschwerdeführers gar nicht betroffen hat. — Das Beschwerdeverfahren spielt sich lediglich zwischen der Behörde (nämlich der ersten Instanz) und dem Beschwerdeführer ab; ein anderer bei der Angelegenheit Beteiligter kann gegen die Zurückweisung des Antrags Beschwerde nur erheben, wenn sein Recht (nicht sein bloßes Interesse) verletzt ist. Ist nun der Gegner des Beschwerdeführers nur an dem durchzuführenden Rechtsverhältnisse nicht aber am Beschwerdeverfahren beteiligt, so folgt daraus, daß er nicht in die Kosten verurteilt werden kann und daß ihm auch gegen die die Beschwerde zurückweisende Verfügung die weitere Beschwerde nicht zustehen kann. Die entgegengesetzte Rechtsprechung beruht auf der irrigen Annahme, daß am Beschwerdeverfahren alle beteiligt seien, die an dem durchzuführenden Rechtsverhältnisse beteiligt seien.

b) Josef, R. **03** 516: Voraussetzung der Beschwerde ist zwar, daß eine Verfügung vom Richter erlassen ist, so daß, wenn sie gesetzwidrig vom Gerichtsschreiber oder von einem Referendar erlassen ist und lediglich zu Unrecht die äußere Form einer Verfügung des Richters erhalten hat, die Beschwerde wegen Mangels einer „Verfügung" zurückgewiesen werden muß. Praktische Gründe, namentlich die Sicherheit des Verkehrs nötigen aber das Beschwerdegericht, eine solche Scheinverfügung als zulässigen Gegenstand der Beschwerde anzusehen und sie ohne Rücksicht auf ihre sachliche Richtigkeit aufzuheben.

c) OLG. Jena, KGJ. **21** D 3, RJA. **1** 177, OLG. **2** 139, R. **01** 95, ThürBl. **48** 417, ZBlFrG. **1** 725: Unter Verfügungen sind nur Entschließungen des Gerichts zu verstehen, die eine sachliche Entscheidung treffen, nicht dagegen solche, die nur zur Vorbereitung einer sachlichen Entscheidung dienen und weder in sich schon eine Beeinträchtigung enthalten noch zur Bekanntmachung an Beteiligte bestimmt sind; daher keine Beschwerde, wenn zur Vorbereitung der Entscheidung über Erteilung eines Erbscheins eine Beweisaufnahme angeordnet wird. Anders Josef, BuschsZ. **32** 307, KG., PosMschr. **00** 154.

d) Josef, DJZ. **04** 63: Es besteht keine Vorschrift, daß die Beschwerde nur gegen bekannt gemachte Verfügungen stattfinde. Voraussetzung für die Beschwerde ist vielmehr nur, daß die Verfügung „erlassen", d. h. vom Richter ent-

worfen und dem Gerichtsschreiber zur weiteren Veranlassung übergeben ist. Ist dies der Fall, so ist die Beschwerde — auch die sofortige — zulässig, auch wenn die Verfügung noch nicht bekannt gemacht ist. Das Gericht kann hier jedoch die Verfügung, selbst wenn sie der sofortigen Beschwerde unterliegt, noch ändern.

e) OLG. Colmar, RJA. 2 151, ZBlFrG. 2 363, KGJ. 23 D 3, R. 01 514, ElsLothrJZ. 01 450: Auch gegen einen bloß mündlichen Bescheid ist die Beschwerde zulässig, sofern nur der Inhalt des Bescheids feststeht.

KG., DJZ. 02 296: Gegen eine Mitteilung des Amtsrichters, die keine Anordnung enthält, findet keine Beschwerde statt.

KG., R. 01 74: Verfügungen im Sinne des § 19 sind auch vorläufige.

f) α. Josef, BuschsZ. 32 297 ff.: Die Beschwerde findet nicht nur gegen die das Verfahren abschließende, sondern auch gegen die ihr vorangehenden (Zwischen-) Verfügungen statt, vorausgesetzt nur, daß sie in der Sache selbst eine Entscheidung treffen und nicht etwa den bloßen Dienstbetrieb betreffen, in welchem letzteren Falle nur die Dienstaufsichtsbeschwerde stattfindet.

β. Josef, Buschs Z. 33 518: In der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist eine Abänderung der angefochtenen Entscheidung zu ungunsten des Beschwerdeführers gesetzlich unzulässig, das Verbot der reformatio in pejus ist begriffsnotwendig mit dem Rechtsmittel der Beschwerde verbunden. Anders Schultzenstein, Buschs Z. 31 1.

γ. Josef, Buschs Z. 31 79: Das Gericht kann die Abgabe einer neuen sachlichen Entscheidung auf die Beschwerde nicht deshalb ablehnen, weil die neue Beschwerde bezweckt, eine Entscheidung der auf Beschwerde eines anderen bereits entschiedenen Frage herbeizuführen.

δ. Josef, R. 03 514: Ersieht das Beschwerdegericht, daß bei Erlaß der angefochtenen Verfügung Verfahrensvorschriften verletzt sind, so ist diese Verletzung nur dann unbeachtlich, wenn feststeht, daß sie auf die Entscheidung keinen Einfluß gehabt haben kann. Anderenfalls hat das Beschwerdegericht selbst die nicht oder nicht gehörig vorgenommene Verfahrenshandlung auszuführen oder die Sache an das Amtsgericht zurückzuverweisen. Leidet das Verfahren des Amtsgerichts an einem nach § 551 ZPO. verbunden mit § 27 FrGG. unheilbaren Mangel, so ist die Verfügung des Amtsgerichts ohne Prüfung ihrer sachlichen Richtigkeit aufzuheben, wobei jedoch das Beschwerdegericht eine nachträgliche Änderung in den die Gerichtszuständigkeit begründenden Tatsachen zu berücksichtigen hat.

ε. Josef, ZBlFrG. 4 827 ff.: Das Beschwerdegericht hat in der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Stellung eines Berufungsgerichts, das Gericht der weiteren Beschwerde die des Revisionsgerichts. Das Gesetz bringt dies zum Ausdrucke dadurch, daß nach § 23 die Beschwerde auf neue Tatsachen und Beweismittel gestützt werden kann, die weitere Beschwerde aber nur auf Verletzung des Gesetzes.

g) LG. Leipzig, ZBlFrG. 2 353: Einlegung der Beschwerde im voraus für den Fall der Ablehnung eines Gesuchs ist unzulässig.

OLG. 2 499 (KG.), OLG. Karlsruhe, BadRpr. 03 135: Eine Beschwerde zur Erzielung einer lediglich theoretischen Entscheidung ist unzulässig.

LG. Cöln, Buschs Z. 31 128: Das Beschwerdegericht hat nur zu prüfen, ob der erste Richter von seinem Ermessen pflichtgemäßen Gebrauch gemacht hat, nicht aber sein eigenes Ermessen an die Stelle des Ermessens des Vorderrichters zu setzen.

BayObLG. 1 354, 441, 454, 462, 739: Irrige Bezeichnung des Beschwerdegerichts ist unschädlich.

KG., KGJ. 22 A 3, OLG. 3 219, BayObLG., R. 04 579: In Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist die sachliche Beschwerde und weitere Beschwerde

nur wegen der Kosten einer gerichtlichen Entscheidung mit der Begründung zulässig, daß die Entscheidung unrichtig sei. Es ist dabei gleichgültig, ob die Partei den zur Hauptsache in der Vorinstanz gestellten Antrag nicht aufrechterhalten kann oder will.

2. Vormundschaftssachen.

a) KG., RJA. **4** 136, KGJ. **27** A 182, R. **04** 412: Die Beschwerde gegen eine Verfügung des Vormundschaftsgerichts, durch welche über ein unter elterlicher Gewalt stehendes Kind eine Pflegschaft zur Wahrnehmung der Rechte des Kindes im Erziehungsstreite der Eltern angeordnet wird, ist unzulässig, da dieser Verfügung nur die Bedeutung einer die Entscheidung vorbereitenden Maßregel zukommt.

b) BayObLG., R. **04** 607: Wird die Beschwerde gegen eine die Einleitung einer Pflegschaft wegen Unzuständigkeit ablehnende Verfügung des Amtsgerichts vom Landgericht zurückgewiesen, darauf, weil auch ein weiter in Betracht kommendes Amtsgericht sich für unzuständig hält, von dem gemeinschaftlichen oberen Gericht das zuerst angegangene Gericht für zuständig erklärt und von diesem nunmehr die Pflegschaft angeordnet und ein Pfleger bestellt, so steht diesem wohl gegen diese Anordnung die Beschwerde, nicht aber gegen die Entscheidung des Landgerichts die weitere Beschwerde zu.

c) LG. Dresden, Buschs Z. **27** 185, nach ausführlicher Erörterung des Begriffs der Verfügung: Eine Feststellung familienrechtlicher Verhältnisse durch das Vormundschaftsgericht, wenn deren Bestand den Gegenstand einer Vorfrage für die Einleitung oder Beendung eines ganzen Rechtspflegeverfahrens wie der Bevormundung bildet, erscheint auch dann als „Verfügung", wenn sie nicht rechtsändernd in den Bestand des bürgerlichen Rechtsverhältnisses eingreift.

d) LG. Cöln, ZBlFrG. **2** 192: Wird eine Vormundschaft ohne besonderen Beschluß in der Weise eingeleitet, daß das Vormundschaftsgericht ein anderes Gericht um Verpflichtung des Vormundes ersucht, so gilt als beschwerende Verfügung das Ersuchen um Verpflichtung. Zuständig für die Beschwerde ist daher das dem ersuchenden Gerichte übergeordnete Landgericht.

3. Nachlaßsachen.

OLG. **7** 144 (KG.): Das Beschwerdegericht hat sich einer sachlichen Prüfung des Antrags auf Erteilung eines Erbscheins zu unterziehen, wenn es die formellen Bedenken nicht teilt, aus denen das Nachlaßgericht die Erteilung abgelehnt hat.

4. Registersachen.

KG., KGJ. **25** A 247, R. **00** 175: Äußerungen des Registergerichts über ihm vorgelegte Entwürfe für künftige Anmeldungen zum Handelsregister sind keine Verfügungen im Sinne des § 19 und daher mit der Beschwerde nicht anfechtbar.

LG. Saarbrücken, RheinNotZ. **47** 45: Gegen eine Eintragung ins Handelsregister ist die Beschwerde zulässig.

Vgl. § 159.

§ 20. 1. Allgemeines.

a) Josef, ZBlFrG. **5** 163: Die materielle Beschwerde findet statt gegen Verfügungen im Sinne von Entscheidungen, gegen sachliche Anordnungen; die Dienstaufsichtsbeschwerde richtet sich gegen die Art des gerichtlichen Geschäftsbetriebs. Die Abgrenzung beider ist oft zweifelhaft. Lehnt das Gericht z. B. die Rückgabe einer eingereichten Standesamtsurkunde oder Vollmacht, eines Erbscheins oder Hypothekenbriefs ab, so findet die materielle Beschwerde statt. Wenn das Gericht dagegen Termine übermäßig weit hinausrückt oder ohne Grund verlegt, so greift die Dienstaufsichtsbeschwerde Platz. Lehnt das Gericht die Entscheidung über einen Antrag ab, der sich nach Form oder Inhalt als eine Unge-

bühr darstellt, so hat der Antragsteller die materielle Beschwerde. Gegen Unterlassungen findet regelmäßig nur die Aufsichtsbeschwerde statt.

Vgl. ferner über die Legitimation zur Beschwerde: Josef, BuschsZ. 29 213 ff.

RG. ZBlFrG. **2** 650, RJA. **5** 9, R. **02** 46: Die Legitimation des Beschwerdeführers ist nicht dadurch bedingt, daß seine Beschwerde materiell gerechtfertigt ist. Zur Beschwerde ist vielmehr ein jeder legitimiert, dessen Recht beeinträchtigt sein würde, wenn die angefochtene Entscheidung materiell ungerechtfertigt wäre.

OLG. Jena, ZBlFrG. **4** 115: Ein zurückgewiesener Antragsteller ist stets zur Beschwerde legitimiert; fehlt es an einem Rechte zu dem Antrage, so ist die Beschwerde über seine Abweisung unbegründet, nicht unzulässig. Zur Beschwerde ist legitimiert, wessen Recht beeinträchtigt sein würde, wenn die angefochtene Entscheidung ungerechtfertigt wäre.

b) OLG. **5** 439 (KG.): Wenn der Antragsteller den Anforderungen des Gerichts genügt hat und seinem Antrage stattgegeben ist, so ist eine Beschwerde unzulässig.

OLG. **4** 2, **5** 287 (KG.); OLG. Darmstadt, HessRspr. **2** 130; OLG. Jena, ThürBl. **51** 100: Dem Amtsrichter steht gegen einen seine Anordnung abändernden Beschluß des Landgerichts kein Beschwerderecht zu.

c) LG. Weimar, R. **01** 468: Ist zu einem Antrage die Mitwirkung mehrerer Personen erforderlich, so steht die Beschwerde gegen eine den Antrag zurückweisende Verfügung nur den Antragstellern zusammen zu.

d) LG. Leipzig, ZBlFrG. **2** 290: Ein Recht gemäß § 20 ist schon das in den §§ 12, 823 BGB. anerkannte allgemeine Persönlichkeitsrecht, das durch Ansinnen einer unter Umständen zeitraubenden und kostspieligen Tätigkeit, sofern diese unnötig sein sollte, verletzt sein würde.

e) LG. Chemnitz, SächsA. **10** 186: Abs. 2 findet auf Grundbuchsachen keine Anwendung.

f) LG. Frankfurt a./M., ZBlFrG. **3** 501: Die Beschwerde ist zurücknehmbar. Die Zurücknahme ist unwiderruflich, da sie Verzicht auf das Rechtsmittel ist; Zurücknahme unter Bedingungen oder Vorbehalten ist keine.

g) KG., KGJ. **21** A 181, RJA. **2** 10: Durch den Abs. 1 wird das Beschwerderecht, das sich für bestimmte Personen aus anderen Reichsgesetzen ergibt, nicht berührt.

h) Verletzung eines Rechts: KG., RJA. **3** 111, ZBlFrG. **3** 335, KGJ. **25** A 3, OLG. **5** 437, R. **02** 530: Maßgebend für die Frage, ob durch eine Verfügung ein Recht des Beschwerdeführers beeinträchtigt wird, ist allein der Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung. Entsteht ein Recht erst nach diesem Zeitpunkte, so kann es durch die Verfügung nicht beeinträchtigt sein; es entsteht dann nur mit den sich aus der Verfügung ergebenden Einschränkungen. Gegen die auf Antrag des Vaters erfolgte Volljährigkeitserklärung eines unter seiner elterlichen Gewalt stehenden Kindes steht daher der Mutter kein Beschwerderecht zu.

KG., KGJ. **22** A 205, FrankfRundsch. **01** 165: Gegen die Verfügung des Amtsgerichts, durch welche die Vernehmung einer Person als Zeuge angeordnet wird, steht dem Zeugen kein Beschwerderecht zu. Dagegen hat das Gericht über die Einwendungen des Zeugen nach den Vorschriften über die Verweigerung des Zeugnisses zu befinden, und seine Entscheidung unterliegt der Anfechtung im Rechtsmittelzuge.

KG., KGJ. **21** A 181, RJA. **2** 10, OLG. **2** 176, R. **01** 173, ZBlFrG. **1** 804: Das beeinträchtigte Recht kann auch ein öffentlich-rechtliches sein. So ist

in dem Verfahren auf Berichtigung standesamtlicher Eintragungen die Aufsichtsbehörde der Standesämter zur Beschwerde berechtigt.

Josef, ZBlFrG. 5 171: Die Beeinträchtigung eines Rechtes liegt auch vor, wenn dem Gegner des Beschwerdeführers zur Befolgung einer gerichtlichen Anordnung eine Frist von unangemessen langer Dauer (z. B. im Falle des § 140) bestimmt ist, oder wenn das Gericht (z. B. im Falle des § 127) die Aussetzung des Verfahrens anordnet oder ablehnt.

i) BayObLG., R. **00** 538, **02** 559: Bloße Verletzung eines Interesses gibt kein Beschwerderecht.

OLG. 7 203 (KG.), DJZ. **03** 455: Verletzung einer Sittenpflicht gibt kein Beschwerderecht.

k) KG., R. **01** 463: Auch nach Erledigung der Hauptsache ist gegen die Entscheidung im Kostenpunkte die Beschwerde bzw. weitere Beschwerde mit der Begründung zulässig, daß in der Hauptsache unrichtig entschieden worden sei.

2. Vormundschaftssachen.

a) Verfügungen des Vormundschaftsgerichts im allgemeinen.

Josef, DNotVZ. 4 249 ff.: Der Vormund (Vater) ist namens des Mündels (Kindes) und unter den Voraussetzungen des § 59 auch das Kind (der Mündel) selbst zur Beschwerde gegen Verfügungen des Vormundschaftsgerichts legitimiert, auch wenn nur das allgemeine Recht des Mündels (Kindes) auf sachgemäße Führung der vormundschaftsgerichtlichen Tätigkeit beeinträchtigt ist, also nicht bloß, wenn durch die angefochtene Verfügung ein bestimmtes Recht des Mündels (Kindes) beeinträchtigt ist, oder wenn bestimmte Verfahrensvorschriften verletzt sind, sondern auch schon dann, wenn das Vormundschaftsgericht von einem ihm zustehenden Ermessen einen unrichtigen Gebrauch gemacht hat. Dagegen läßt sich dies allgemeine Beschwerderecht nicht aus § 59 oder aus Abs. 2 des § 20 herleiten; vielmehr setzt erstere Bestimmung ein nach anderen Vorschriften bereits bestehendes Beschwerderecht, letztere eine aus anderen Vorschriften herzuleitende Beeinträchtigung voraus.

OLG. 7 125 (KG.): Gegen Anweisungen, die das Vormundschaftsgericht in Ausübung seines Aufsichtsrechts dem Vormunde erteilt, steht Dritten kein Beschwerderecht zu.

BayObLG. 3 182: Gegen eine Entscheidung, die in einer das Rechtsverhältnis zwischen dem Pflegling und dessen Vater betreffenden Angelegenheit erlassen wird, steht dem Pfleger für seine Person ein Beschwerderecht nicht zu.

BayrObLG. 3 423: Der überlebende Ehegatte hat kein Beschwerderecht, wenn das Vormundschaftsgericht die Auseinandersetzung mit den erstehelichen Kindern als Bedingung für die Erteilung des Wiederverehelichungszeugnisses aufstellt.

BayrObLG. 3 182: Streitigkeiten über die Ersatzansprüche des Pflegers aus der beendigten Pflegschaftsführung gegen den Pflegling oder dessen Vater können nur auf dem Rechtswege, nicht durch das Vormundschaftsgericht entschieden werden.

BayrObLG. 2 195, OLG. 2 449: Die wiederverehelichte Mutter hat kein Beschwerderecht, wenn ihr die Einkünfte des Kindesvermögens verweigert werden; sie muß ihr Recht im Prozeßwege geltend machen.

BayrObLG. 2 358; 3 115, R. **04** 286: Die Stellungnahme des Vormundschaftsgerichts gegenüber Ansprüchen, die gegen Mündel oder von Eltern gegen die Kinder erhoben werden, kann von denjenigen, welche die Ansprüche erheben, nicht durch Beschwerde angefochten werden.

BayrObLG. 4 449: Ähnlich bei Vorliegen einer Abwesenheitspflegschaft.

BayrObLG. 5 189, RJA. 4 191: Der nach § 1656 Abs. 1 BGB. von der Verwaltung des Vermögens der Kinder ausgeschlossene Vater hat wegen der Stellung, die das Vormundschaftsgericht bezüglich des Anspruchs des Vaters auf die Nutzungen des Kindesvermögens dem Pfleger gegenüber einnimmt, kein Beschwerderecht.

b) Bestellung des Vormundes und ähnliches.

α. KG., KGJ. 27 A 161, OLG. 8 325: Wer durch die Bestellung eines Vormundes oder Pflegers in seinem Rechte beeinträchtigt wird, kann gegen die Bestellung wegen Unzuständigkeit des Gerichts Beschwerde einlegen.

β. Strüwe, GruchotsBeitr. 48 298: Wird ohne Zustimmung des Mannes eine Ehefrau zum Vormunde bestellt, so ist die Bestellung zwar nicht nichtig, das Gericht muß aber die Frau von Amts wegen entlassen, und der Mann kann diese Entlassung im Beschwerdewege herbeiführen. Geht dagegen eine zum Vormunde bestellte Frau eine Ehe erst ein, so ist nur sie selbst, nicht der Mann beschwerdeberechtigt, wenn ihr Antrag auf Entlassung vom Gericht abgelehnt wird. Wird der Mann vom Gerichte zur Aufkündigung eines von der Frau geschlossenen Dienstvertrags ermächtigt, so steht sowohl der Frau, als auch ihrem Vertragsgegner die Beschwerde zu. Der Vertragsgegner hat kein Beschwerderecht, wenn der Antrag der Frau, sie zur Eingehung eines Dienstvertrags zu ermächtigen, abgelehnt wird.

γ. BayrObLG. 5 56: Zur Einlegung der Beschwerde gegen die Anordnung einer Pflegschaft ist sowohl der Pflegebefohlene als der Pfleger berechtigt.

KG., KGJ 24 A 152: Gegen die Bestellung eines Pflegers für eine unter elterlicher Gewalt stehende Prozeßpartei zur Vertretung im Prozesse steht der Gegenpartei kein Beschwerderecht zu; ähnlich OLG. 7 204.

BayrObLG. 4 80: Die Anordnung einer Pflegschaft durch ein unzuständiges Gericht beeinträchtigt das Recht des Pfleglings, und die Bestellung eines Pflegers durch das unzuständige Gericht beeinträchtigt das Recht des Pflegers; dieser kann daher sowohl im Namen seines Pfleglings, als auch im eigenen Namen Beschwerde einlegen.

BayrObLG., R. 02 73, SeuffA. 57 278, BayrObLG. 3 1: Gegen die Anordnung einer Pflegschaft zur Fürsorge für die Nacherbenrechte noch nicht erzeugter Kinder steht den Eltern kein Beschwerderecht zu.

LG. Hamburg, HansGerZ. 01 Beil. 192: Dem Vater steht gegen die Auswahl eines Pflegers für seine Kinder bei der von ihm beabsichtigten Wiederverheiratung kein Beschwerderecht zu.

δ. Josef, DNotVZ. 4 257 ff.: Eine Verfügung, durch die eine vorläufige oder endgültige Vormundschaft aufgehoben wird, tritt zwar mit der Bekanntmachung an den Mündel oder an den Vormund in Wirksamkeit. Die Aufhebungsverfügung ist aber beschränkend dahin auszulegen, daß der Vormund berechtigt ist, gegen sie — also gegen die Entziehung des vormundschaftlichen Schutzes — namens des Mündels Beschwerde einzulegen. Aber auch aus eigenem Rechte steht dem Vormunde die Beschwerde zu. Denn er hat ein Recht, daß ihm sein Amt nicht aus einem ungerechtfertigten Grunde entzogen werde, und dieses Recht ist durch die Aufhebung der Vormundschaft beeinträchtigt.

KG., RJA. 3 172, ZBlFrG. 3 663, KGJ. 25 A 188, OLG. 6 107, R. 03 126: Gegen den dem Mündel bekannt gemachten Beschluß, durch welchen das Beschwerdegericht die von dem Vormundschaftsgericht angeordnete vorläufige Vormundschaft aufhebt, steht dem bisherigen Vormund die Beschwerde nicht zu.

ε. OLG. 6 298 (KG.): Wenn das Vormundschaftsgericht den Generalvormund als solchen durch eine allgemeine Verfügung als ungeeignet seines Amtes entsetzt

und andere Vormünder bestellt, so steht dem Vorsteher der Gemeinde die Beschwerde zu.

c) Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung.

OLG. Rostock, RJA. 2 108, ZBlFrG. 2 204, KGJ. 22 D 4, DJZ. 02 396, OLG. 2 450, R. 01 431, MecklZ. 19 309, OLG. 8 240 (Kolmar), ElsLothrJZ. 04 391: Gegen eine Verfügung des Vormundschaftsgerichts, durch welche die Genehmigung zu einem in Vertretung des Mündels vorgenommenen Rechtsgeschäfte versagt wird, kann der Vormund namens des Mündels die Beschwerde einlegen.

OLG. Jena, ThürBl. 49 89: Ein Recht des Mündels kann durch eine Entscheidung beeinträchtigt werden, durch welche nicht etwa die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu einer dem Mündel nachteiligen Verfügung des Vormundschaftsgerichts erteilt, sondern lediglich ausgesprochen wird, daß die Genehmigung nicht erforderlich sei.

OLG. Kolmar, ElsLothrNotZ. 04 90, R. 04 81: Gegen einen Beschluß des Vormundschaftsgerichts, durch den dieses dem Vormunde die Genehmigung zu einer Löschungsbewilligung versagt, weil die Genehmigung überflüssig sei, steht dem Mündel das vom Vormunde auszuübende Beschwerderecht zu.

KG., KGJ. 27 A 11, RJA. 4 73, DJZ. 04 365, RheinNotZ. 04 64, R. 04 260: Gegen Erteilung der vormundschaftlichen Genehmigung hat der Gegenvormund nur dann ein Beschwerderecht, wenn ein ihm in seiner Eigenschaft als Gegenvormund zustehendes eigenes Recht beeinträchtigt ist.

LG. Cöln, ZBlFrG. 2 191: Zur Beschwerde gegen die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts des Mündels ist der Gegenvormund vermöge seines Aufsichtsrechts selbständig befugt; hatte er schon bei dem Vormundschaftsgerichte die Versagung der Genehmigung beantragt, so enthält der Genehmigungsbeschluß zugleich eine Zurückweisung seines in zulässiger Weise gestellten Antrags.

BayObLG., BayNotZ. 04 132, OLG. Kolmar, ElsLothrNotZ. 01 225: Gegen Verweigerung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung eines vom Pfleger im Interesse der Pfleglinge vorgenommenen Rechtsgeschäfts steht dem Pfleger namens der Pfleglinge die Beschwerde zu.

OLG. Stuttgart, WürttZ. 04 266: Gegen die Verfügung des Vormundschaftsrichters, durch welche die Genehmigung zu einem Erbauseinandersetzungsvertrage zwischen minderjährigen, durch einen Pfleger vertretenen Kindern und einem Dritten erteilt wird, steht der Mutter der Kinder kein Beschwerderecht zu.

Breit, ZBlFrG. 4 484 ff.: Wegen Versagung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung steht dem Mündel die Beschwerde zu, da durch die Versagung sein allen bevormundeten Personen gegen den Staat als den Obervormund zustehendes Recht auf ordnungsmäßige Führung der Vormundschaft verletzt ist.

Dagegen steht dem Vertragsgegner ausnahmslos kein Beschwerderecht zu.

Ähnlich Josef, BuschsZ. 28 300: Beschwerde gegen Verfügungen des Vormundschaftsgerichts.

RG. 56 125, RJA. 5 14, OLG. Kolmar, ElsLothrNotZ. 04 311, KG., KGJ. 27 A 172, PosMschr. 04 55, BayObLG. 4 725: Gegen den Beschluß, durch welchen das Vormundschaftsgericht zu einem seiner Genehmigung bedürfenden Rechtsgeschäfte dem Vormunde die Genehmigung versagt hat, steht dem Vertragsgegner des Mündels die Beschwerde nicht zu.

KG., KGJ. 24 A 14, OLG. 6 300, SeuffA. 58 432, PosMschr. 04 9: Jedenfalls dann nicht, wenn er kein Recht auf Abschluß des Vertrags hatte.

BayObLG. 2 240, 530: Gegen die Versagung der Genehmigung zu einem Vertrage, zu dessen Abschluß der Vormund der Genehmigung des Vormundschafts-

gerichts bedarf, ist ein volljähriger Mitkontrahent nicht beschwerdeberechtigt, insbesondere auch nicht der Vater bei einem Teilungsvertrage mit seinen minderjährigen Kindern, in dem die letzteren wegen widerstreitender Interessen mit ihrem Vater durch einen Pfleger vertreten werden.

Ebenso LG. Kolmar, ZBlFrG. 2 178, 825.

Anders OLG. Braunschweig, ZBlFrG. 2 430, RJA. 2 207, KGJ. 23 D 4, OLG. 4 97, R. 02 16, BraunschZ. 03 5: Auch der Gegenpartei steht ein Beschwerderecht zu, wenn sie in ihrem Rechte beeinträchtigt ist, z. B. wenn es sich um die einer Genehmigung bedürftige Erfüllung einer durch Erbgang auf den Mündel übergegangenen Verpflichtung gegenüber einem Dritten handelt. „Beeinträchtigt" wird ein Recht nicht erst dann, wenn es nach seinem Inhalte eine Schmälerung erfährt, sondern schon dann, wenn seiner Geltendmachung und sofortigen Realisierung Hindernisse bereitet werden.

OLG. Kolmar, ElsLothrJZ. 01 452: Das Vormundschaftsgericht hat bei seiner Entscheidung über den Antrag des gesetzlichen Vertreters eines Minderjährigen auf Genehmigung der Entlassung aus der Staatsangehörigkeit nur das Wohl des letzteren, nicht dagegen öffentliche, insbesondere militärische Interessen zu berücksichtigen. Die Verwaltungsbehörde ist daher nicht berechtigt, gegen eine die Genehmigung erteilende Verfügung des Vormundschaftsgerichts Beschwerde einzulegen. Auch auf Grund des § 57 ist sie nicht beschwerdeberechtigt.

Anders Finger, ElsLothrJZ. 02 91, 202, 315, 430, 552: Gegen die Verfügung des Vormundschaftsgerichts und des Familienrats hinsichtlich der Entlassung eines Kindes oder Mündels aus dem deutschen Staatsverbande bzw. dem eines Bundesstaats ist Beschwerde und weitere Beschwerde zulässig, und zwar

α. die des § 20, insbesondere für das Kind oder den Mündel selbst und seine gesetzlichen Vertreter, aber auch für die Mitglieder des Familienrats, Geistliche, die Staatsanwaltschaft hinsichtlich ihres Rechtes auf Mitwirkung bei der Zwangserziehung, die höhere Verwaltungsbehörde hinsichtlich ihres Rechtes aus § 15 des Gesetzes vom 1. Juni 1870;

β. die aus § 57 Abs. 1 Ziff. 9; insbesondere steht sie auch der höheren Verwaltungsbehörde im privaten Interesse des Kindes oder Mündels zu, nicht dagegen der Staatsanwaltschaft.

d) Besondere Fälle.

LG. Hamburg, HansGerZ. 01 Beibl. 180: Dem Vormund steht gegen die Einsetzung eines Familienrats kein Beschwerderecht zu.

BayObLG., RJA. 1 137, KGJ. 20 D 10, DJZ. 01 31, OLG. 1 384, SeuffA. 56 164, R. 00 338, SeuffBl. 01 95, ThürBl. 48 318, BayObLG. 1 436, ZBlFrG. 1 563: Dem Dienstherrn steht gegen eine Verfügung des Vormundschaftsgerichts, durch welche dem Mündel wegen Gefährdung seiner Sittlichkeit das Verlassen des Dienstes aufgegeben wird, kein Beschwerderecht zu.

KG., PosMschr. 03 92: Der Geistliche ist zur Erhebung der Beschwerde wegen der seiner Ansicht nach ungesetzlichen oder nicht genügenden Leitung der religiösen Erziehung eines Kindes legitimiert.

OLG. Kolmar, ElsLothrNotZ. 03 333: Im Verfahren betreffend die Zwangserziehung eines Minderjährigen steht dem Kreisdirektor ein Beschwerderecht zu. Anders OLG. Kolmar, ElsLothrJZ. 04 286.

LG. Bromberg, PosMschr. 01 79: Das Vormundschaftsgericht ist in Grundbuchsachen nicht beschwerdeberechtigt.

OLG. Hamburg, RJA. 3 55, ZBlFrG. 3 49, KGJ. 24 D 6, R. 02 319, SeuffA. 58 301; ähnlich KG., KGJ. 26 A 183, SchlHolstAnz. 04 302, Leo, DJZ. 03 247: Einer zur Unterstützung hilfsbedürftiger Personen verpflichteten Armenanstalt steht gegen eine Verfügung des Vormundschaftsgerichts, die eine

Unterstützung nötig macht, die Beschwerde zu. A. M. Josef, DJZ. 04 547; s. auch OLG. 5 438, HansGerZ. 03 Beibl. 72 (Hamburg).

OLG. 8 237 (KG.): Dem Hauptvorsteher einer Familienstiftung steht gegen die Auswahl einer Person zum Nebenvorsteher die Beschwerde zu.

KG., RJA. 2 55, ZBlFrG. 2 38, KGJ. 21 A 203, OLG. 2 260, R. 01 349: Die ausländische Behörde ist beschwerdeberechtigt, wenn das inländische Vormundschaftsgericht auf ihr Verlangen die über einen Ausländer geführte Vormundschaft nicht an sie abgibt.

3. Nachlaßsachen.

BayObLG., R. 04 556: Gegen die Feststellung der Erbeneigenschaft einer Person steht dieser die Beschwerde zu.

OLG. Jena, ZBlFrG. 2 660, OLG. 4 127, ThürBl. 50 120: Durch eine die Erteilung des Erbscheins für einen Nichterben anordnende Verfügung wird das Recht des wirklichen Erben beeinträchtigt, da ihm infolge der im § 2365 BGB. aufgestellten Vermutung die Geltendmachung seines Erbrechts durch Erteilung des Erbscheins an einen Nichterben erschwert wird. Der wirkliche Erbe ist daher beschwerdeberechtigt.

Hörle, R. 04 374: Gegen den Beschluß des Nachlaßgerichts, durch welchen die Feststellung des fiskalischen Erbrechts abgelehnt und die Herausgabe des Nachlasses an den sein Erbrecht anmeldenden Erben angeordnet wird, steht dem Fiskus die Beschwerde und nach deren rechtskräftiger Verwerfung oder auch sogleich an Stelle der Beschwerde die Feststellungsklage zu.

KG., RJA. 4 21, ZBlFrG. 4 534, OLG. 7 338, KGJ. 27 A 49, R. 04 85: Gegen den Beschluß des Nachlaßgerichts, durch welchen festgestellt wird, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist, steht dem Fiskus die Beschwerde zu.

BayObLG. 5 450: Die gemäß Art. 3 des bayerischen Gesetzes vom 9. August 1902, das Nachlaßwesen betreffend, von Amts wegen getroffene Feststellung der Erbeneigenschaft einer Person, die nicht Erbe geworden ist, enthält eine das Beschwerderecht begründende Beeinträchtigung ihres Rechtes.

SächsOLG. 22 204: Gegen die Erteilung eines an sich richtigen Erbscheins an einen Gläubiger des Erben steht dem letzteren kein Beschwerderecht zu.

LG. Dresden, ZBlFrG. 00 153: Gegen die Versagung der Erteilung eines Erbscheins ist nur der Erbe beschwerdeberechtigt, nicht auch derjenige, der den Schein als Ausweis vom Erben verlangt.

Lafrenz, JW. 03 413: Lehnt das Nachlaßgericht die im Testament vom Erblasser nachgesuchte Ernennung eines Testamentsvollstreckers ab, so steht hiergegen sowohl dem Erben als auch den Nachlaßgläubigern die Beschwerde zu.

KG., KGJ. 23 A 195: Wenn das Amtsgericht die Verwahrung eines von einem Notar aufgenommenen und von ihm überreichten Testaments ablehnt, so ist der Notar aus eigenem Rechte zur Einlegung der Beschwerde befugt.

KG., KGJ. 27 A 186: Dem Notar, der eine von ihm aufgenommene letztwillige Verfügung an das Nachlaßgericht abzuliefern oder abgeliefert hat, steht gegen die Anordnung des Nachlaßgerichts, daß die Verfügung eröffnet werden soll, die Beschwerde nicht zu.

BayObLG. 4 229; 5 192; R. 03 211; 04 286, 505: Gegen die Entscheidung, durch welche auf Antrag eines Erben, der von einer nach § 2028 BGB. auskunftpflichtigen Person die Leistung des Offenbarungseids verlangt, ein Termin zur Eidesleistung bestimmt wird, steht dem Auskunftpflichtigen nicht das Recht der Beschwerde zu, da durch die getroffene Anordnung sein Recht nicht beeinträchtigt ist.

OLG. Kolmar, ElſLothrJZ. **00** 310: Der zur Vermittelung der Auseinandersetzung bestellte Notar hat in dieser Eigenschaft gegen Verfügungen des Gerichts kein Beschwerderecht.

OLG. Karlsruhe, R. **01** 312: Den Erben steht gegen die Anordnung von Maßregeln gemäß § 1960 BGB. die Beschwerde zu, weil sie in ihrem Rechte, selbständig ohne behördliche Fürsorge den Nachlaß zu ordnen, beeinträchtigt sind.

OLG. **8** 323, R. **03** 292 (KG.), BayObLG. **4** 311: Dem Vorerben steht gegen die Anordnung einer Pflegschaft gemäß § 1913 Abs. 2 BGB. ein Beschwerderecht nicht zu.

BayObLG. **5** 398: Der als Ersatzerbe Eingesetzte, auch wenn er zugleich Vermächtnisnehmer ist, hat, solange die Wirksamkeit seiner Berufung noch ungewiß ist, kein Beschwerderecht gegen die Anordnung einer Nachlaßpflegschaft, insbesondere auch dann nicht, wenn die Anordnung der Nachlaßpflegschaft seinem Interesse zuwiderläuft.

OLG. Hamburg, ZBlFrG. **3** 628, OLG. **5** 436, R. **03** 126: Der Nachlaßkonkursverwalter wird durch die Einsetzung eines Nachlaßpflegers nicht in seinen Rechten beeinträchtigt.

4. Registersachen.

Josef, DNotVZ. **4** 328 ff.: Der entlassene Vertreter eines Vereins ist gegen die Verfügung des Registergerichts, durch die sein Ausscheiden eingetragen oder ein neuer Vertreter bestellt wird, zur Beschwerde legitimiert, wenn er mit dieser geltend macht, daß ihm ein Recht auf Fortführung der Vertretung zustehe oder daß das Vertretungsverhältnis noch jetzt zu Recht bestehe.

OLG. Jena, ZBlFrG. **3** 248, ThürBl. **50** 123: Dem Träger eines Namens, der einem anderen die Benutzung desselben bei der Firmierung gestattet hat, steht nur wegen Verletzung eines ihm zustehenden Rechtes, nicht aber wegen der Verletzung allgemeiner öffentlich rechtlicher Vorschriften durch den Gebrauch der betreffenden Firma, gegen die ein Einschreiten ablehnende Verfügung des Registergerichts die Beschwerde zu.

Gegen OLG. Frankfurt bekämpft Josef, DJZ. **04** 63, die Ansicht, daß gegen die Eintragung im Handelsregister eine Beschwerde nicht zulässig sei.

KG., RJA. **4** 147, OLG. **8** 235, R. **04** 414; ähnlich OLG. **6** 344: Ein Aktionär oder Aufsichtsratsmitglied ist zur Einlegung der Beschwerde gegen die gerichtliche Ersatzbestellung oder Abberufung eines Liquidators nicht befugt.

5. Urkundsachen.

BayObLG. **4** 215: Gegen die vom Grundbuchamte verfügte Ablehnung der in einer notariellen Urkunde beantragten Eintragungen kann der Notar nicht deshalb allein, weil er die Urkunde aufgenommen hat, aus eigenem Rechte oder namens der Beteiligten Beschwerde einlegen.

OLG. Colmar, ElſLothrNotZ. **01** 290, ElſLothrJZ. **02** 50: Durch die Ablehnung des Antrags eines Notars in Elsaß-Lothringen auf Beeidigung eines Dolmetschers wird kein Recht des Notars beeinträchtigt, da er selbständig zur Beeidigung des Dolmetschers befugt ist.

OLG. **3** 71, BadRpr. **01** 173, 322 (Karlsruhe): Der Steuerbehörde steht gegen die zu hohe Bemessung eines Gebührenbetrags kein Beschwerderecht zu. Anders LG. Konstanz, BadRpr. **01** 299.

Vgl. §§ 57, 76, 126.

§ 21. 1. BayObLG., BayJMBl. **01** 357: Die irrige Bezeichnung des zuständigen Gerichts ist unschädlich.

2. Unterzeichnung der Beschwerdeschrift: a) KG., KGJ. **26** A 172, OLG. **7** 340, SchlHolstAnz. **04** 237: Die Beschwerdeschrift muß von dem

Beschwerdeführer eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden.

b) Schultzenstein, BuschsZ. 27 514, führt in eingehender Erörterung aus, daß die Unterschrift des Beschwerdeführers unter der Beschwerdeschrift nicht grundsätzlich unentbehrlich ist und untersucht sodann, in welcher Weise und unter welchen näheren Voraussetzungen sie entbehrlich ist. Dagegen hält er die Unterschrift des Rechtsanwalts im Falle des § 29 Abs. 1 Satz 2 und die Unterschrift des protokollierenden Gerichtsschreibers, wenn die Beschwerde zu Protokoll eingelegt wird, für unentbehrlich. Unterschrift des Beschwerdeführers unter dem Protokoll erscheint ihm nicht als erforderlich.

c) LG. Magdeburg, ZBlFrG. 2 668: Die Beschwerdeschrift bedarf nicht der eigenhändigen Namensunterschrift des Beschwerdeführers; sie kann insbesondere auch durch einen Bevollmächtigten mit dem Namen des Beschwerdeführers unterzeichnet werden.

3. LG. Freiburg, BadRpr. **00** 209: Die von einem Notar beurkundete Erklärung des Beschwerdeführers ist als eine Beschwerdeschrift anzusehen, wenn sie vom Beschwerdeführer unterzeichnet, an das Beschwerdegericht gerichtet ist und einen bestimmten Antrag gegen die angefochtene Entscheidung enthält. Denn die schriftliche Form wird stets durch die notarielle Beurkundung ersetzt.

4. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **02** 346: Die schriftliche sofortige Beschwerde kann auch durch Telegramm wirksam eingelegt werden.

5. BayObLG. **4** 12: Für die formellen Erfordernisse der Beschwerde in Zwangserziehungssachen gelten die Vorschriften des FrGG.

Vgl. § 29.

§ 22. 1. Abs. 1. KG., RJA. **2** 210, ZBlFrG. **2** 560, KGJ. **22** A 198, OLG. **4** 3, BayObLG. **2** 435, 581: Rechtswirksame Zustellung des angefochtenen Beschlusses ist nicht Voraussetzung der Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde, die letztere kann vielmehr wie in Zivilprozeßsachen, auch schon vor der Zustellung des Beschlusses eingelegt werden.

BayObLG. **2** 155: Die Einlegung der sofortigen weiteren Beschwerde bei dem unzuständigen Gerichte wahrt die Beschwerdefrist nicht. Die Abgabe der Beschwerdeschrift an die Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts zur Beifügung der Akten gilt nicht als Einreichung bei diesem Gerichte.

2. Abs. 2. KG., KGJ. **25** A 8, OLG. **5** 440, DJZ. **02** 534: Die Beschwerdefrist ist nicht eingehalten, wenn zwar eine formlose Beschwerde rechtzeitig, die formrichtige aber verspätet eingelegt ist.

Die Versäumung der Frist aus Rechtsunkenntnis ist für einen erwachsenen, sonst nicht behinderten Menschen nicht als unverschuldet anzusehen.

Fuchs, R. **00** 322: Eine unverschuldete Versäumnis des Beschwerdeführers liegt dann vor, wenn derselbe die Beschwerde zum Protokolle eines anderen als des zuständigen Amtsgerichts so zeitig erklärt, daß bei der dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange entsprechenden Absendung des Protokolls an das zuständige Gericht auf den rechtzeitigen Eingang bei dem letzteren gerechnet werden kann, das Protokoll aber infolge einer Verzögerung des Gerichtsschreibers zu spät bei dem zuständigen Gerichte eingeht.

BayObLG. **2** 721: Eine Versäumung der Frist, die in dem Verschulden eines Vertreters ihren Grund hat, wird als eine unverschuldete nicht angesehen, auch wenn der Vertretene selbst ohne Schuld ist, und es ist hierbei auch gleichgültig, ob die Vertretung auf Gesetz oder Rechtsgeschäft beruht.

OLG. **5** 202 (KG.): Die Widereinsetzung kann nur gewährt werden, wenn binnen der zweiwöchigen Frist nicht nur das versäumte Rechtsmittel eingelegt,

sondern auch die Wiedereinsetzung beantragt ist und die Tatsachen, welche sie begründen sollen, glaubhaft gemacht sind.

§ 23. 1. BayObLG., R. **01** 235, **04** 196; BayObLG. **2** 42, **5** 136: Mit der Beschwerde können nur Verfügungen des Gerichts erster Instanz, wenn auch auf Grund neuer Tatsachen und Beweise, angefochten, nicht aber neue Anträge gestellt werden, die eine andere als die Angelegenheit betreffen, welche Gegenstand der Verfügung des Gerichts erster Instanz gewesen ist.

2. BayObLG. **1** 452: Der Mutter eines unehelichen Kindes steht auch gegen eine Verfügung des Vormundschaftsgerichts, die mit ihren früheren Erklärungen im Einklange steht, die Beschwerde zu. Die Beschwerde stützt sich in diesem Falle auf ihre Willensänderung.

§ 24. KG., RJA. **3** 1, **4** 189, ZBlFrG. **2** 763, KGJ. **24** A 3, OLG. **3** 394, R. **02** 176, SchlHolstAnz. **02** 318: Die weitere Beschwerde ist nur gegen die in der Sache ergehende Endentscheidung, nicht gegen die ihr vorausgehende einstweilige Anordnung gemäß Abs. 3 zulässig.

§ 25. OLG. **4** 351 (KG.): Zur Begründung gehört auch eine vollständige und erschöpfende Sachdarstellung. Eine Bezugnahme auf die mit zureichender Begründung versehene Vorentscheidung ist zulässig, erübrigt aber nicht die Darstellung der in der Beschwerdeinstanz eingetretenen Veränderung des Sachverhältnisses.

OLG. **4** 412, ThürBl. **50** 115 (Jena): Das Beschwerdegericht muß eine selbständige Darstellung des von ihm als feststehend erachteten Sachverhältnisses geben.

BayObLG. **2** 330: Die Begründung der Entscheidung ist unvollständig, wenn aus der Entscheidung nicht hervorgeht, ob einzelne wesentliche Behauptungen des Beschwerdeführers gewürdigt worden sind.

Pitel, ZBlFrG. **5** 240: Die Gründe dürfen nicht lediglich oder hauptsächlich in allgemeinen Wendungen bestehen, sondern müssen so eingehend sein, daß das Gericht der weiteren Beschwerde ersehen kann, von welchen rechtlichen und tatsächlichen Erwägungen die Vorinstanz ausgegangen ist, weil erst diese Kenntnis die Nachprüfung ermöglicht, ob bei der Ermittelung und Feststellung des Sachverhalts oder bei der Anwendung des Gesetzes auf ihn eine Rechtsverletzung vorgekommen ist. Es geht aber nicht an, diese Anforderung dahin zu verschärfen, daß man Erörterungen allgemeiner Art schlechthin als ungenügende Gründe zurückweist.

BayObLG., R. **01** 123: Eine Entscheidung, die wesentliche Punkte, welche zu prüfen wären, unberücksichtigt läßt, ist mangels der vorgeschriebenen Begründung aufzuheben.

BayObLG., R. **04** 81: Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde zurückzuweisen, wenn es die angefochtene Entscheidung für gerechtfertigt erachtet, gleichviel ob die Gründe, auf die der erste Richter seine Entscheidung stützt, richtig sind oder nicht.

Vgl. § 200.

§ 27. 1. BayObLG., R. **02** 483, BayObLG. **3** 673, 802: Die nochmalige Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse in dritter Instanz ist ausgeschlossen.

BayObLG. **5** 78; **4** 482, 881, 942: Die vom Beschwerdegericht ohne Verletzung des Gesetzes festgestellten Tatsachen sind für das über die weitere Beschwerde entscheidende Gericht maßgebend; die in der Beschwerdeschrift angeführten neuen Tatsachen und beigebrachten neuen Beweise müssen daher unbeachtet bleiben.

2. Pitel, ZBlFrG. **5** 241: Das Gericht der weiteren Beschwerde darf außer den vom Beschwerdegerichte festgestellten Tatsachen nur berücksichtigen einmal die-

jenigen, die einen die Entscheidung mitbedingenden Mangel des Verfahrens ergeben, und sodann diejenigen, die unter Verletzung des Gesetzes festgestellt, übergangen oder als vorgebracht angenommen sind. Daß diese letzteren Tatsachen, um von dem Gerichte der weiteren Beschwerde berücksichtigt zu werden, demselben vom Beschwerdeführer bezeichnet werden, ist nicht erforderlich. Übrigens verstößt nicht jede Übergehung aktenkundiger Tatsachen gegen das Gesetz. Denn es kann nicht Aufgabe der unteren Instanzen sein, solche Tatsachen auch dann zu würdigen, wenn sie ihnen nach ihrer Orts- und Personenkenntnis gänzlich unwesentlich erscheinen. Eine Nachprüfung in der Richtung, ob das Beschwerdegericht nicht den Umständen, die es für maßgebend erachtet hat, zu viel, und anderen Umständen, die ihm nebensächlich oder belanglos erschienen, zu wenig Bedeutung beigelegt hat, steht dem Gerichte der weiteren Beschwerde nicht zu.

Die Macht, über gewisse Verhältnisse nach freiem Ermessen zu befinden, kann in verschiedener Art verliehen werden. Entweder so, daß der Tatbestand eines materiellen Rechtssatzes vermöge allgemein gehaltener Fassung dem Ermessen des zu seiner Anwendung Berufenen mehr oder weniger Freiheit läßt. Oder so, daß dieser in beschränktem Maße frei wählen darf, mit welcher Folge ein Tatbestand im Einzelfalle ausgestattet werden soll. Oder endlich so, daß er in Ansehung des Verfahrens, worin er zu seinen Feststellungen kommt, mehr oder weniger frei gestellt ist. Diese Befugnisse sind, was die Frage der Revisibilität anlangt, durchaus verschieden zu behandeln. Während nämlich in den Fällen der ersten Art sowohl die Auslegung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale als auch ihre Anwendung auf das festgestellte Sachverhältnis stets revisibel bleiben, darf in den Fällen der zweiten Art nur nachgeprüft werden, ob das Wahlrecht innerhalb der gesetzlichen Schranken geübt ist; die Fälle der dritten Art bieten nur in den allerengsten Grenzen Raum für die Nachprüfung.

3. BayObLG., R. **02** 264, BayObLG. **3** 319: Für die Entscheidung sind die in der Beschwerdeinstanz festgestellten Tatsachen maßgebend, und können daneben nur die im § 554 Nr. 2, 3 ZPO. bezeichneten berücksichtigt werden. Die nachträgliche Hebung eines zur Zeit der angefochtenen Entscheidung bestehenden rechtlichen Mangels vermag nicht die weitere Beschwerde, sondern nur einen neuen Antrag beim Untergerichte zu begründen.

4. Josef, ZBlFrG. **5** 208: Der im § 27 angezogene § 561 ZPO., wonach dem Gerichte der weiteren Beschwerde tatsächliche Ermittelungen nicht obliegen, steht dem nicht im Wege, daß das Gericht der weiteren Beschwerde Ermittelungen darüber anstellt, ob die Verfügung auf Grund der §§ 55, 62 FrGG. unabänderlich ist. Denn jene Vorschrift bezieht sich nicht auf solche Tatsachen, welche die Zulässigkeit des Rechtsmittels, die Abänderlichkeit der angefochtenen Verfügung zum Gegenstand haben.

5. KG., R. **00** 435: Das Gericht der weiteren Beschwerde hat auch ohne besondere Rüge des Beschwerdeführers die Gesetzmäßigkeit der angefochtenen Verfügung allseitig zu prüfen.

BayObLG., RJA. **2** 152, ZBlFrG. **2** 364; **3** 729, KGJ. **23** D 7, OLG. **3** 185, R. **01** 514, SeuffBl. **01** 522, BayObLG. **3** 20, **4** 91: Die weitere Beschwerde kann auch auf Verletzung einer Ordnungsvorschrift, z. B. der Unterlassung der vorgeschriebenen Anhörung von Verwandten vor Bestellung eines Beistandes, gestützt werden.

6. Klein, R. **03** 100: Die Verletzung des mit Recht angewandten ausländischen Rechtes enthält eine Verletzung eines Reichsgesetzes und begründet die Revision bzw. die weitere Beschwerde.

7. BayObLG., R. **04** 633: Die Feststellung des Sinnes einer Urkunde unterliegt nur dann der weiteren Beschwerde, wenn das Ergebnis der Auslegung unter

Verletzung der Rechtsnormen über die Auslegung von Willenserklärungen oder der Denkgesetze gewonnen wurde.

BayObLG. **2** 407; **4** 153, 223, R. **02** 436, **03** 343, SeuffBl. **03** 16, OLG. Karlsruhe, R. **02** 325, BadRpr. **02** 190, OLG. Kolmar, R. **02** 128, ElsLothrJZ. **02** 303: Eine Nachprüfung, ob der Vorderrichter von seinem Ermessen zutreffenden Gebrauch gemacht hat, findet in der Instanz der weiteren Beschwerde nicht statt. So kann z. B. die Auswahl des Teilungsnotars nicht Gegenstand der weiteren Beschwerde sein.

8. BayObLG. **3** 49, OLG. **4** 350, R. **02** 128: Mit der Entscheidung über die weitere Beschwerde ist das Beschwerderecht verbraucht, der Antrag auf Abänderung der erlassenen Entscheidung auf Grund einer nach Erlassung aber vor Zustellung der Entscheidung eingereichten schriftlichen Beschwerdebegründung ist unzulässig.

OLG. **1** 311 (KG.), RheinA. **96** II 137: Die auf weitere Beschwerde ergangene rechtliche Beurteilung ist für den vorliegenden Fall bindend und schließt die Anwendbarkeit aller anderen, auch der nicht ausdrücklich erörterten Vorschriften im Einzelfalle aus.

9. **RG.** RJA. **5** 9, JW. **02** 101: Wenn die erste Beschwerde nur der Form nach als unzulässig verworfen, in Wahrheit aber eine sachliche Entscheidung auf die erste Beschwerde ergangen ist, so ist das zur Entscheidung über die weitere Beschwerde berufene Gericht befugt, der weiteren Beschwerde auch sachlich stattzugeben.

10. OLG. Kolmar, ElsLothrJZ. **01** 46: Wenn der Staatskasse die Kosten in einer Sache der freiwilligen Gerichtsbarkeit auferlegt sind, so ist der Oberstaatsanwalt berechtigt, weitere Beschwerde zu erheben.

11. OLG. **8** 236 (KG.): Gegen einen landgerichtlichen Beschluß, welcher der Beschwerde stattgegeben hat, ist, wenn das Amtsgericht nach erneuter Prüfung unter Befolgung der vom Landgericht aufgestellten Grundsätze aufs neue abweist, die weitere Beschwerde zulässig.

12. BayObLG. **5** 118 227: Die Ausübung des dem Vormundschaftsgerichte zustehenden Ermessens kann nicht zum Gegenstande der weiteren Beschwerde gemacht werden.

13. OLG. Jena, ThürBl. **49** 87: Wenn das Amtsgericht eine Vormundschaft oder Pflegschaft anordnet und einen Vormund oder Pfleger bestellt, das Landgericht aber auf Beschwerde die Anordnungen des Amtsgerichts aufgehoben hat, so ist der von dem letzteren bestellte Vormund oder Pfleger nicht legitimiert, namens des Mündels oder Pfleglings weitere Beschwerde einzulegen.

14. OLG. Kolmar, ElsLothNotZ. **03** 115: Gegen den Beschluß des Landgerichts, durch den der Antrag auf Vermittelung der Auseinandersetzung einer Gemeinschaft abgewiesen worden ist, weil eine solche nicht nachgewiesen sei, ist die weitere Beschwerde unzulässig.

OLG. Kolmar, R. **02** 21: Aus einer gegen die gesetzlichen Auslegungsregeln nicht verstoßenden Auslegung eines Testaments, welche auf einer tatsächlichen Feststellung des Willens des Erblassers beruht, kann eine auf Verletzung des Gesetzes gestützte weitere Beschwerde nicht hergeleitet werden.

§ 28. 1. Abs. 1. Josef, ZBlFrG. **4** 827, untersucht die Frage, inwieweit das Oberlandesgericht, wenn es die Entscheidung des Landgerichts als auf Verletzung des Gesetzes beruhend aufhebt, in der Sache selbst zu entscheiden hat. Er kommt zu folgendem Ergebnis: Grundsätzlich ist in der Sache selbst zu entscheiden, aber in gewissen Fällen ist eine Entscheidung des Oberlandesgerichts in der Sache selbst unzweckmäßig und bedeutungslos. Dagegen darf das Oberlandesgericht nicht auf Grund neuer Ermittelungen oder neuer Tatsachen eine

sachliche Entscheidung treffen, sondern muß in solchen Fällen an das Beschwerdegericht bzw. direkt an das Amtsgericht zurückverweisen. Nur in ganz besonderen Fällen darf das Oberlandesgericht selbst Ermittelungen anstellen.

2. Abs. 2. a) **RG.** R. **02** 47: Wenn ein Oberlandesgericht irrtümlicherweise glaubt, daß seine Rechtsauffassung von der eines anderen Oberlandesgerichts abweicht und deshalb die Sache dem Reichsgericht vorlegt, so ist das Reichsgericht nicht zur Entscheidung berufen.

Ebenso Josef, Lehrbuch 251; anders Werner, R. **01** 275.

b) Josef, DNotV. **4** 326: Jedes Gericht hat selbständig zu prüfen, ob die Voraussetzungen vorhanden sind, von denen seine Zuständigkeit abhängt; daher hat das Reichsgericht, dem die weitere Beschwerde zur Entscheidung von einem Oberlandesgericht vorgelegt ist, diese abzulehnen, wenn es die Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Vorlegung verneint.

c) **RG.** RJA. **5** 1, DJZ. **01** 260, HessRspr. **5** 145, SeuffA. **57** 49, JW. **01** 199, ZBlFrG. **5** 315: Gegen eine auf weitere Beschwerde ergangene Entscheidung des Oberlandesgerichts ist eine Beschwerde an das Reichsgericht auch dann nicht zulässig, wenn das Oberlandesgericht die weitere Beschwerde dem Reichsgerichte hätte vorlegen sollen.

Ebenso Werner, R. **01** 275.

d) Werner, R. **01** 275 führt aus, daß das Oberlandesgericht auch dann die Sache dem Reichsgericht vorlegen muß, wenn es von der das Grundbuchrecht betreffenden Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts abweichen will, daß es ferner auch im Beschwerdeverfahren gemäß § 60 Abs. 2 BGB. entsprechend vorzugehen hat.

3. (Vgl. JDR. **1** Ziff. 2 zu § 60 BGB.) a) Josef, DNotV. **4** 319 ff.: Auf die in den §§ 60 und 73 BGB. vorgeschriebene „sofortige Beschwerde nach den Vorschriften der ZPO." gegen Verfügungen des Vereinsregistergerichts finden nach der Absicht des Gesetzgebers die Vorschriften der ZPO. nur insoweit Anwendung, als es sich um Einlegung der Beschwerde und um ihre Zulässigkeit handelt; im übrigen gelten auch für diese Beschwerde die Vorschriften des FrGG., daher ist zur Entscheidung über die weitere Beschwerde in Preußen das Kammergericht und im Fall des § 28 Abs. 2 das Reichsgericht zuständig.

b) Ähnlich Drabert, DJZ. **04** 586. (Näheres JDR. **3** Ziff. 1a zu § 60 BGB.) Anders Busch, Festgabe der Berliner Jur. Gesellschaft zu Kochs Jubiläum 191.

c) KG., KGJ. **26** A 3, OLG. **8** 19, SchlHolstAnz. **04** 56, RheinAV. **03** 21, PrJMBl. **02** 248: Über die wegen Ablehnung der Anmeldung eines Vereins zur Eintragung in das Vereinsregister erhobenen weiteren Beschwerden hat für ganz Preußen, unbeschadet der Zuständigkeit des Reichsgerichts, das Kammergericht zu entscheiden. (Vgl. JDR. **2** Ziff. 1 zu § 60 BGB.)

§ 29. 1. Abs. 1. a) Satz 1. KG. RJA. **1** 1, KGJ. **20** A 3, R. **00** 261, ThürBl. **48** 112, ZBlFrG. **1** 67, BayObLG., R. **03** 211; **04** 454, BayObLG. **4** 214; **5** 393, OLG. **6** 483: Die weitere Beschwerde kann lediglich bei den Gerichtsschreibern der drei mit der Angelegenheit befaßten Gerichte, des Amtsgerichts, des übergeordneten Landgerichts und des Oberlandesgerichts eingelegt werden. Die Aufnahme durch den Gerichtsschreiber eines Gerichts, das nicht mit der Sache befaßt gewesen ist, ist unzulässig.

KG., RJA. **2** 209, ZBlFrG. **2** 558, KGJ. **22** A 202, R. **02** 16: Eine weitere Beschwerde, die zu Protokoll des Gerichtsschreibers in der Art eingelegt wird, daß der Gerichtsschreiber einen vom Beschwerdeführer überreichten Schriftsatz nur mit der protokollarischen Eingangs- und Schlußformel versieht, ist als eine formgerechte weitere Beschwerde nicht anzusehen. Denn die Vorschrift, daß, sofern nicht ein Rechtsanwalt zugezogen wird, die weitere Beschwerde zu Protokoll

des Gerichtsschreibers erklärt werden muß, soll nicht nur die Richtigkeit der Unterschrift des Beschwerdeführers gewährleisten, sondern auch eine Gewähr dafür bieten, daß das angemeldete Rechtsmittel in sachgemäßer Weise unter Ausscheidung aller überflüssigen Ausführungen begründet werde.

Ähnlich OLG. 3 71, 395 (KG.), SeuffBl. 01 422, BayObLG. 2 238.

BayObLG. 4 98; 5 136, R. 04 196: Ausführungen in einem Schriftstücke, das bei Erhebung der weiteren Beschwerde zu Protokoll des Gerichtsschreibers übergeben worden ist, können bei der Entscheidung nicht berücksichtigt werden, wenn das Schriftstück nicht von einem Rechtsanwalt unterzeichnet ist.

KG., RJA. 1 41, KGJ. 20 A 145, OLG. 1 189, R. 00 329, ThürBl. 48 146, ZBlFrG. 1 159: Die Einlegung der weiteren Beschwerde in einem vom Richter aufgenommenen Protokoll ist unzulässig.

Anders OLG. Kolmar, ElsLothrJZ. 00 310.

b) Satz 2. OLG. Kolmar, RJA. 2 151, ZBlFrG. 2 363, KGJ. 23 D 3, ZBlFrG. 2 482, OLG. 3 186, ElsLothrNotZ. 01 290, ElsLothrJZ. 02 50, BayObLG. 4 215: Hat der Notar einen Antrag in erster Instanz gestellt, so ist seine weitere Beschwerde vom Anwaltszwange auch dann befreit, wenn er den Antrag in eigenem Namen gestellt hatte.

BayObLG., RJA. 2 107, ZBlFrG. 2 203, KGJ. 22 D 3, R. 01 431, PucheltsZ. 32 390, BayObLG. 2 213: Die Beschwerde ist kein bei dem Gericht erster Instanz gestellter Antrag im Sinne des § 29. Daher ist ein Notar, der zwar die erste Beschwerde eingelegt hat, aber während des Verfahrens erster Instanz beim Amtsgerichte keinen Antrag gestellt hat, zur Unterzeichnung der weiteren Beschwerde nicht befugt.

Dagegen DNotV. 1 442.

2. Abs. 2. KG., KGJ. 21 A 3, RJA. 2 1, SeuffA. 56 380, R. 01 171, ZBlFrG. 1 799: In allen Fällen, in denen die Entscheidung des Amtsgerichts in einer Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit der sofortigen Beschwerde unterliegt, ist auch die Entscheidung des Beschwerdegerichts nur mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar, ohne daß es darauf ankommt, ob die landgerichtliche Entscheidung auch einen solchen Inhalt hat, der, falls sie in erster Instanz ergangen wäre, sie der sofortigen Beschwerde unterworfen hätte.

§ 30. 1. SächsOLG. 23 158: Unterzeichnung des Beschlusses durch sämtliche mitwirkende Richter ist nicht erforderlich.

2. Abs. 1 Satz 2. a) LG. Köln, DJZ. 02 560: Die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen erstreckt sich nur auf die durch Reichsgesetz den Gerichten übertragenen Handelssachen.

b) **RG.** RJA. 5 4, JW. 01 200, 02 66, Gruchots Beitr. 47 433, NaumbAK. 02 2: Für Handelssachen ist die Kammer für Handelssachen ausschließlich zuständig. Hat zu Unrecht die Zivilkammer entschieden, so ist die Entscheidung auf weitere Beschwerde wegen Unzuständigkeit des Gerichts aufzuheben. Anders OLG. Stuttgart, OLG. 1 57.

In der Begründung abweichend KG., RJA. 1 85, OLG. 1 286, R. 00 435, ThürBl. 48 184, ZBlFrG. 1 317, PrJMBl. 00 627: Die Entscheidung ist wegen unvorschriftsmäßiger Besetzung des Gerichts aufzuheben.

c) KG., RJA. 3 121, ZBlFrG. 3 342, KGJ. 24 A 209, OLG. 5 441, R. 02 530, PrJMBl. 02 238: Handelssachen sind auch die Angelegenheiten der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.

Ebenso Hagen, KGBl. 02 57. A. M. Marcus, KGBl. 02 34.

3. BayObLG. 1 502, 722: Zur Entscheidung über die Beschwerde gegen den Beschluß des Amtsgerichts über die Erinnerungen, welche gegen den Ansatz der Gebühren für eine Eintragung in das Handelsregister erhoben worden sind, ist

nicht die Kammer für Handelssachen, sondern die Zivilkammer des Landgerichts zuständig.

§ 32. 1. Josef, BuschsZ. **30** 98: Eine Verfügung der freiwilligen Gerichtsbarkeit jeden Inhalts, die auf Grund unrichtiger — rechtlicher oder tatsächlicher — Voraussetzungen ergangen ist, gilt allgemein und nach allen Richtungen als rechtserzeugend und vollwirksam, bis sie nach den Vorschriften des FrGG. aufgehoben wird. Folglich ist eine Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Verfügung durch andere Gerichte, insbesondere das Prozeßgericht, ausgeschlossen. Von diesem Satze bestehen gewisse Ausnahmen. Umgekehrt kann auch eine Verfügung des Prozeßgerichts für das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit bindend sein.

2. a) Josef, DNotV. **4** 262 ff.: Wird eine Verfügung, durch die jemandem die ihm auf Grund früherer Verfügung erteilte Vertretungsmacht entzogen wird, aufgehoben, so bleiben die von ihm oder ihm gegenüber inzwischen vorgenommenen Rechtshandlungen wirksam. Während also die Aufhebung einer Verfügung, durch die jemand eine Vertretungsmacht erlangt hat, nur ex nunc wirkt, wirkt die Aufhebung der Verfügung, durch die jemandem die Vertretungsmacht entzogen ist, ex tunc.

b) Josef, DNotV. **4** 268 ff.: Wird eine Verfügung, durch die jemandem die ihm auf Grund einer früheren Verfügung erteilte Vertretungsmacht entzogen wird, aufgehoben, so tritt mit der Wirksamkeit der Aufhebungsverfügung der frühere Rechtszustand kraft Gesetzes, also ohne daß es der Erteilung neuer Vertretungsmacht bedarf, wieder ein.

3. OLG. Braunschweig, R. **04** 108: Unwirksam wegen Mangels der sachlichen Zuständigkeit ist z. B. die Bestellung von Vorstandsmitgliedern für eine Gesellschaft oder einen nicht rechtsfähigen Verein unter unzulässiger analoger Anwendung des § 29 BGB. Eine aus solchem Grunde unwirksame Verfügung ist, auch wenn sie nicht im Beschwerdewege oder von Amts wegen wieder aufgehoben ist, für den Prozeßrichter nicht bindend.

§ 33. 1. *Isaac, ZStW. **21** 625 ff.: Das Zwangsstrafverfahren ist ein eigentümliches, infolge der rechtswidrigen Handlung eines Menschen eingeleitetes öffentlich-rechtliches Verfahren zwecks Überwindung seines Widerstandes mittels Androhung und Zufügung eines Übels.

Den verschiedenen Zwangsstrafen auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Vormundschaft, Personenstand, Nachlaßsachen, Registersachen 2c.), der streitigen Gerichtsbarkeit (Erzwingung eines Urteils) und des Verwaltungsrechts (z. B. LVG. §§ 132 ff.) liegen gemeinsame Regeln zugrunde, sowohl materieller (Zwangsstrafrecht) als auch formeller Natur (Zwangsstrafverfahren).

Die Materie ist der Reichsgesetzgebung nicht vorbehalten.

Voraussetzung des Zwangsstrafrechts ist eine rechtswidrige zwangsstrafbare Handlung. Ohne vorangegangene Rechtswidrigkeit kann keine Zwangsstrafe angedroht werden.

Die zwangsstrafbare Handlung als solche gehört weder dem Privatrechte noch dem Strafrecht an, sondern ist eine rechtswidrige Handlung sui generis. Sie ist öffentlich-rechtliches Unrecht, denn das Verfahren ist kein zivilprozessuales und erfolgt im öffentlichen Interesse. Es erfüllt eine eigentümliche Aufgabe, da es einerseits bei geringeren Rechtsverletzungen die Kriminalstrafe zu ersetzen geeignet ist, andererseits aber eine Reihe privatrechtlicher Verpflichtungen wegen ihres sozialen Charakters dem öffentlichen Rechte einverleibt.

Die Zwangsstrafe ist nicht unmittelbarer Zwang zur Beseitigung eines Unrechts (Zwangsvollstreckung), sondern mittelbarer Zwang (durch Zufügung eines Übels). Sie ist aber keine echte (Kriminal-) Strafe, da sie kein Unrecht ahnden, sondern das Recht erzwingen will.

Arten der Zwangsstrafe:

a) Gegen die körperliche Unversehrtheit (z. B. Zuchtmittel der Eltern, BGB. § 1631, GewO. § 127 a).

b) Gegen die Freiheit: Haft (ZPO. §§ 880, 890, 901; LVG. § 132).

c) Gegen das Vermögen, Geldstrafe (meist Ordnungsstrafe genannt).

Wenn nichts anderes bestimmt ist, sind nur Geldstrafen zulässig. Wenn die Höhe nicht vorgeschrieben ist, hat die Behörde freie Hand.

Zwangsstrafen können auch gegen juristische Personen verhängt werden.

Eine rechtswidrige und daher zwangsstrafbare Handlung liegt nicht vor im Falle der Notwehr (BGB. § 227) und des Notstandes (BGB. §§ 228, 904). Irrtum des Beteiligten über die Rechtswidrigkeit kann, braucht aber nicht berücksichtigt zu werden (FrGG. § 135 Abs. 2 Satz 2).

Die Verhängung der Zwangsstrafe setzt Verschulden voraus. Das Verschulden braucht zur Zeit der Androhung noch nicht bestanden zu haben.

d) Gegen Kinder und Geisteskranke (im Sinne des BGB.) ist das Verfahren nicht zulässig; gegen den gesetzlichen Vertreter ist es zulässig, wenn die Erfüllung der zu erzwingenden Handlung zu seinem Pflichtenkreis gehört.

Gegen einen Minderjährigen über 7 Jahre ist das Verfahren zulässig. Jedoch hat bei Angelegenheiten, deren Besorgung gesetzlich dem gesetzlichen Vertreter obliegt, das Verfahren sich gegen diesen zu richten. Das Verfahren gegen einen Minderjährigen unter 18 Jahren ist ferner unzulässig, wenn ihm die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit im Zwangsstrafverfahren erforderliche Einsicht fehlt.

Zwangsstrafausschließungsgründe sind z. B. Wegfall der Verpflichtung (Aufhören der Qualität als Kaufmann, Vormund 2c.), Erfüllung der Verpflichtung vor Beginn des Verfahrens, Unerzwingbarkeit, Fehlen des Antrags (z. B. FrGG. § 151, HGB. § 166).

Eine Verjährung des obrigkeitlichen Rechtes zur Einleitung des Zwangsstrafverfahrens gibt es nicht. Jedoch ist ein Verfahren dann unzulässig, wenn die begangene rechtswidrige Handlung (z. B. Schenkung des Vormundes aus Mündelvermögen) soweit zurückliegt, daß ein gegenwärtiges Einschreiten mittels Androhung von Zwangsstrafen nach den Umständen, insbesondere mit Rücksicht auf das weitere Verhalten des Beteiligten nicht gerechtfertigt erscheint.

Das Verfahren ist reines Inquisitions- und Offizialverfahren. Ein Recht zur Betreibung des Verfahrens, insbesondere ein Beschwerderecht (FrGG. § 20) steht dem Interessenten nur dann zu, wenn das Verfahren durch seinen Antrag bedingt ist; ferner den Organen des Handelsstandes gemäß § 126 FrGG.

Das Legalitätsprinzip findet im allgemeinen keine Anwendung; nur in bestimmten Fällen ist das Einschreiten obligatorisch.

Die Entscheidungen im Zwangsstrafverfahren und die Rechtswirkungen eines Fristablaufs sind nicht unabänderlich (FrGG. § 18). Formen der Beweisaufnahme, Mündlichkeit und Öffentlichkeit sind nicht vorgeschrieben.

Das Erfordernis der vorherigen Androhung der Strafe gilt für alle Fälle des Zwangsstrafverfahrens, auch außerhalb der freiwilligen Gerichtsbarkeit (auch das Erkenntnis des § 880 ZPO. ist eine Strafandrohung). In einzelnen Fällen hat die Behörde die Wahl zwischen sofortiger Bestrafung oder Zwangsstrafverfahren mit Androhung (KO. § 84, ZVG. § 153 Abs. 2, UnfVG. § 43 Abs. 3, GewO. § 92c, RVG. § 82 Abs. 3).

Voraussetzung des Erlasses der Strafandrohung ist glaubhafte Kenntnis der Behörde von einem ihr Einschreiten rechtfertigenden Sachverhalt (vgl. § 132).

Zur Erfüllung der zu erzwingenden Verpflichtung muß dem Beteiligten eine angemessene Frist gelassen werden, außer bei Unterlassungspflichten.

Die Androhung muß die Strafe nach Art und Größe fest bestimmen (anders ZPO. § 890). Bei der Festsetzung kann unter die angedrohte Strafe heruntergegangen werden; in Handelssachen nur, wenn Einspruch eingelegt ist und die Umstände es rechtfertigen (§ 135).

Dem Wesen des Zwangsstrafverfahrens würde es entsprechen, daß die festgesetzte Strafe nicht vollstreckt werden darf, wenn die zu erzwingende Verpflichtung nach der Festsetzung erfüllt wird. Dies geschieht jedoch nach geltendem Rechte nur bei der Zwangshaft (ZPO.), während im übrigen der Grundsatz gilt, daß die Vollstreckung der festgesetzten Strafe durch nachträgliche Erfüllung nicht gehindert wird.

Die Straffestsetzung muß unterbleiben, wenn die Androhung von vornherein unberechtigt war oder das Verfahren nachträglich seine Berechtigung verloren hat (Fortfall der Verpflichtung, Unerzwingbarkeit der Verpflichtung, Rücknahme des Antrags ꝛc.) oder wenn kein Ungehorsam gegen die Androhungsverfügung vorliegt.

Die Strafe muß festgesetzt werden, wenn die Verpflichtung erst nach Ablauf der Frist erfüllt wird (Versäumnisstrafe, keine Zwangsstrafe mehr). Dies ist ein unberechtigter Formalismus, der aber nach dem Wortlaute des Gesetzes nicht zu umgehen ist.

Die Beschwerde ist zulässig sowohl gegen die Androhungsverfügung (anders in Handelssachen § 132) als auch gegen die Straffestsetzung. Die Anfechtung der Straffestsetzung ersetzt die Anfechtung der Androhung. Sie ist zulässig, auch wenn die Androhung überhaupt nicht oder verspätet angefochten worden ist (OVG. 2 415).

Anders das handelsrechtliche Verfahren §§ 133 ff., wo nur der rechtzeitige Einspruch gegen die Androhung berücksichtigt wird. Die Strafe ist hier:

1. Zwangsstrafe für unberechtigte Nichterfüllung,
2. Versäumnisstrafe, und zwar:
a) Für nicht fristgerechte Erfüllung,
b) Für nicht fristgerechte Rechtfertigung der Nichterfüllung.

Die bestrafte Versäumung zu a ist überhaupt nicht wieder gut zu machen, die Versäumung zu b dagegen durch Widereinsetzung in den vorigen Stand (§ 137).

Die Versäumnisstrafe wird verhängt, auch wenn die Versäumnis unverschuldet ist (!).

Die von Verwaltungsbehörden festgesetzte Strafe kann von der Behörde ganz oder teilweise aufgehoben werden; ebenso in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wenn das Zwangsstrafverfahren nur fakultativ ist, ferner gemäß §§ 135 Abs. 2, 136 (richterliche Begnadigung).

Die Vollstreckungsverjährung einer verhängten Zwangsstrafe richtet sich nach § 70 Nr. 4—6 StGB. (Geldstrafe über 6000 M. verjährt in 10, von 150—6000 M. in 5, bis 150 M. sowie Zwangshaftstrafe in 2 Jahren). Auf andere Zwangsstrafen als Geldstrafe und Haft muß die niedrigste Strafverjährung, die 2jährige des § 70 Nr. 6 StGB., angewendet werden, soweit nicht die Strafe ohne besondere Vollstreckung sofort wirksam ist (z. B. Ausschluß aus einer Korporation).

Jeder widerholten Straffestsetzung muß eine erneute ausdrückliche Androhung vorangehen, soweit sich nicht aus dem Gesetze das Gegenteil ergibt; also auch in den Fällen des § 140 FrGG. und § 390 ZPO.

Die Steigerung des Zwanges liegt im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde; obligatorisch ist sie nur dort, wo auch die Einleitung des Verfahrens obligatorisch ist. Ausdrücklich eingeschränkt ist die Fortsetzung des Verfahrens im BGB. § 1788, ZPO. §§ 390, 913.

2. Aus der Praxis.

LG. Tilsit, PosMschr. 00 130: Ist auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit landesrechtlich den Gerichten eine Zwangsgewalt ausdrücklich verliehen, so erstreckt sich dieselbe auch auf die reichsgesetzlich geregelten Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

OLG. 2 16 (Bamberg): Eine allgemeine reichsrechtliche Vorschrift, daß jeder, mit dem das Gericht etwas zu besprechen hat, zum Erscheinen vor ihm durch Ordnungsstrafe angehalten werden kann, besteht nicht.

BayObLG., OLG. 5 291, R. 02 74, SeuffA. 57 369, BayObLG. 2 800: Die Androhung muß vor jeder einzelnen Straffestsetzung wiederholt werden.

OLG. 4 350 (KG.): Gegen die Androhung ist auch noch nach Festsetzung der Strafe die Beschwerde zulässig.

OLG. 4 116 (Königsberg): Das Vormundschaftsgericht ist nicht befugt, durch Ordnungsstrafen das bisherige Mündel zum Erscheinen zwecks Abnahme der Schlußrechnung anzuhalten.

3. Nußbaum: BuschsZ. 29 440 ff. erörtert die landesgesetzlichen Vorschriften über die richterliche Zwangsgewalt in der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowohl in Hinsicht auf die materiellen Voraussetzungen der Zwangsanwendung wie rücksichtlich der zur Anwendung gelangenden Zwangsmittel.

§ 34. 1. LG. Dresden, ZBlFrG. 1 151: Das Recht auf Akteneinsicht setzt neben Unbedenklichkeit nach pflichtmäßigem, auf Beschwerde nachzuprüfendem Ermessen auch Interesse an der Kenntnis des Akteninhalts, nicht als solcher, sondern als Bestimmungsgrundes für künftiges Handeln voraus.

2. KG., RJA. 1 1, KGJ. 20 A 3, OLG. 1 182, R. 00 262, ThürBl. 48 112, ZBlFrG. 1 67: Das Gesuch um Akteneinsicht usw. kann auch bei Glaubhaftmachung eines berechtigten Interesses abgewiesen werden, wenn besondere Gründe vorliegen, insbesondere wenn sich die Annahme rechtfertigt, daß der Antragsteller nur aus Schikane handelt oder sonstige unlautere Zwecke verfolgt.

Ähnlich OLG., 5 199, KGBl. 04 49.

BayObLG. 4 847: Die bloße Möglichkeit, daß ein Mißbrauch des Rechtes zur Akteneinsicht beabsichtigt ist, macht das berechtigte Interesse, das sich sonst aus den Tatsachen ergibt, nicht unglaubhaft.

3. BayObLG. 4 847, R. 04 82: Wer ein berechtigtes Interesse an der Einsicht der Akten hat, darf nicht auf eine Darstellung des Akteninhalts durch das Gericht verwiesen werden. Die Einsicht der Akten ist nur soweit zu gewähren, als das berechtigte Interesse des Antragstellers reicht.

4. LG. Leipzig, ZBlFrG. 2 290: Zur Auskunft über den Inhalt von Akten ist das Amtsgericht nur in dem Umfange verpflichtet und berechtigt, als es auf Erfordern Einsicht in diese zu gewähren oder Abschriften zu erteilen hat.

5. KG., R. 00 262, ZBlFrG. 1 67: Der Umstand allein, daß jemand voraussichtlicher Erbe ist, begründet noch kein Recht auf Einsicht der Akten, in welchen das Vermögen des entmündigten voraussichtlichen Erblassers angegeben ist.

6. KG., RJA. 1 1, OLG. 2 396, ThürBl. 48 112; BayObLG. 4 847, R. 04 82: Das richterliche Ermessen bei Beurteilung der Frage, ob ein berechtigtes Interesse vorliegt, unterliegt hinsichtlich der Voraussetzung pflichtmäßiger Ausübung der Nachprüfung im Rechtsmittelzuge. Ein zur Versagung der Akteneinsicht oder Abschrifterteilung führender Rechtsirrtum kann mithin durch weitere Beschwerde geltend gemacht werden.

7. Josef, ZBlFrG. 5 176: Lehnt das Gericht den Antrag, jemandem die Einsicht der Akten außerhalb der Gerichtsstelle zu gestatten oder ihm eine Auskunft aus den Akten zu erteilen, ab, so liegt lediglich eine Angelegenheit des Geschäftsbetriebs vor. Denn ein Recht der Beteiligten auf jene Amtshandlungen

besteht nicht und kann folglich durch die ablehnende Verfügung nicht beeinträchtigt sein. Es findet also gegen diese nur die Dienstaufsichtsbeschwerde statt.

8. Nußbaum, R. **00** 303: Gegen Verweigerung der Akteneinsicht hat der Interessent kein Beschwerderecht, soweit ihm nicht eine gesetzliche Sondervorschrift (z. B. § 810 BGB.) zur Seite steht. Auch eine Aufhebung oder Abänderung des den Interessenten zurückweisenden Beschlusses durch die Aufsichtsbehörde ist unstatthaft, letztere ist nur befugt, den Richter zu sachgemäßer Erledigung zu mahnen.

Zweiter Abschnitt. Vormundschaftssachen.

Literatur: Boschan, Das Eltern- und Vormundschaftsrecht in der gerichtlichen Praxis, Berlin 1900. — Maercker, Nachlaßbehandlung rc. (17). Berlin 1902. — Schultheis, Der deutsche Vormundschaftsrichter. Berlin 1900. — Schultzenstein-Köhne, Das deutsche Vormundschaftsrecht (2). Berlin 1901. — Weißweiler, Der Geschäftskreis des Vormundschaftsgerichts. Düsseldorf 1900.

Vor § 36. 1. Josef, ZBlFrG. **2** 313: Bei einer Vormundschaft und bei den elternrechtlichen und eherechtlichen Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts ist ein fester Parteibegriff nicht aufstellbar oder wenigstens nicht praktisch verwertbar; Verwandtschaft mit dem Mündel bewirkt stets die Ausschließung des Richters; Verwandtschaft mit dem Vormund, Pfleger oder Beistand bewirkt dieselbe nicht grundsätzlich, aber doch in den wichtigsten Fällen der vormundschaftsgerichtlichen Tätigkeit; sie kann aber auch durch Verwandtschaft mit Dritten, zu denen das Mündel in rechtliche Beziehungen tritt, z. B. dem Käufer des Mündelgrundstücks bewirkt werden; die Frage, inwiefern ein Beteiligter Zeuge sein kann und inwiefern eine Zeugnispflicht besteht, beantwortet sich je nach Lage des Falles ganz verschieden. Nur in den Fällen des sog. echten Streitverfahrens ist ein Parteibegriff wie im Zivilprozeß gegeben; hier sind die streitenden Teile die Parteien.

2. Josef, ZBlFrG. **4** 165, führt aus, daß die amtswegige Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts zur Durchführung der Ansprüche des Mündels gegen den Erzeuger auch unter der Herrschaft des neuen Rechtes in weitem Umfange, wie an der Hand einer großen Reihe von Beispielen dargelegt wird, zulässig ist.

§ 36. 1. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 302: Unter dem Wohnsitze ist der gegenwärtig vorhandene zu verstehen. Der letzte Wohnsitz eines als ehelich geltenden Kindes ist der des Vaters, da § 11 BGB. zwischen gegenwärtigem und letztem Wohnsitze keinen Unterschied macht. Das Kind hat seinen letzten Wohnsitz da, wo ihn der Vater hatte, bis er ihn rechtsgültig aufgab.

2. BayObLG. **1** 550, **2** 228, **5** 142, DJZ. **01** 287, OLG. **2** 262, Seuff. Bl. **00** 116: Der Fall, daß der Wohnsitz einer Person nicht mit Bestimmtheit ermittelt werden kann, steht rechtlich dem Falle gleich, daß ein Wohnsitz nicht besteht.

3. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 3: Der Begriff des Aufenthalts ist derselbe, wie im § 16 ZPO.; es ist nicht erforderlich, daß er ein längerer oder der gewöhnliche sei, auch ist es gleichgültig, ob er ein freiwilliger oder gezwungener ist.

OLG. **3** 72, MecklZ. **20** 43 (Rostock): Für den Begriff des Aufenthalts kommt es allein darauf an, daß jemand sich an einem Orte betreffen läßt, also auf das körperliche Sein einer Person an einem Orte; ohne Bedeutung ist, ob die Anwesenheit von der Person gewollt wird und diese sich der Anwesenheit bewußt ist, oder ob das Verweilen ein augenblickliches und vorübergehendes oder von längerer Dauer ist.

4. Breit, ZBlFrG. **4** 473: Hat ein örtlich unzuständiges Gericht den Vormund bestellt, so erlangt dieses Gericht hiermit nicht dauernd die Stellung des für alle weiteren Verrichtungen zuständigen Vormundschaftsgerichts. Die Ertei-

lung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung hat daher durch das in diesem Augenblicke nach § 36 zuständige Gericht zu erfolgen, nicht etwa das zur Zeit der Vormundschaftsbestellung für diesen Akt in Wahrheit zuständig gewesene Gericht. So kann das Eingreifen eines unzuständigen Gerichts zur Folge haben, daß das Gericht, welches als Vormundschaftsgericht dauernd zuständig gewesen sein würde, niemals mit vormundschaftsgerichtlichen Angelegenheiten befaßt wird.

5. BayObLG. **4** 169: Zur Entscheidung über die Frage der Anordnung der Zwangserziehung über die ehelichen Kinder eines Vaters, dessen Wohnsitz im Inlande nicht ermittelt werden kann, ist das Gericht des Aufenthalts der Kinder zuständig.

6. BayObLG. **4** 579: Zur Anordnung der Vormundschaft, die über eheliche Kinder wegen der Wiederverheiratung der Mutter notwendig wird, ist das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk die Mündel ihren Wohnsitz in dem Zeitpunkte haben, in welchem die Mutter die zweite Ehe eingeht.

7. OLG. Rostock, MecklZ. **19** 231: Der sogenannte Geschwister-Gerichtsstand findet auch auf uneheliche Kinder derselben Mutter Anwendung.

8. BayObLG., OLG. **2** 71, SeuffBl. **00** 440, 522, OLG. **2** 443 (Dresden), OLG. **3** 36 (Karlsruhe): Zuständig für uneheliche Kinder weiblicher Angestellter, wie Dienstmädchen, Kellnerinnen, Ladnerinnen, ist regelmäßig nicht das Gericht, wo die Mündelmutter im Dienste steht, sondern das Gericht ihres Herkunftorts. Anders OLG. **2** 444 (Dresden).

Josef, ZBlFrG. **4** 306ff.: Männliche und weibliche Angestellte behalten regelmäßig ihren Wohnsitz an ihrem Herkunftsort; nur bei Vorliegen besonderer Umstände tritt an dessen Stelle der Ort ihrer Beschäftigung. Das gleiche gilt von vorübergehend beschäftigten Beamten und minderjährigen Militärpersonen, nicht dagegen von selbständigen Arbeiterinnen, Schauspielerinnen und Opernsängerinnen. Eine Veränderung des Wohnsitzes der verwitweten Mutter bewirkt grundsätzlich keine Veränderung des Wohnsitzes des Kindes. Ein in einer Heilanstalt untergebrachter Geisteskranker behält auch bei lebenslänglicher Unterbringung den Wohnsitz, den er vorher hatte. (Näheres JDR. **2** Ziff. 2 zu § 7 BGB.)
Vgl. auch BayObLG. **1** 156, 206, 328, 720.

9. Schreiber, ElsLothrJZ. **01** 253, führt aus, daß die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts hinsichtlich der vor dem 1. Januar 1900 in den Pflegeanstalten in Elsaß-Lothringen untergebrachten Kinder nicht schlechthin nach den vom 1. Januar 1900 gegebenen Wohnsitz- oder Aufenthaltsverhältnissen der Mündel zu bestimmen sei.

10. Niemeyer, BöhmsZ. **13** 24: Der Antrag, eine Vormundschaft über einen Ausländer einzuleiten, ist von dem nach §§ 36 ff. zuständigen Vormundschaftsgericht entgegenzunehmen und auf seine materiellen Voraussetzungen, insbesondere auch gemäß Art. 25 EGBGB. nach der international-privatrechtlichen Seite zu prüfen. Der Antrag ist abzulehnen, wenn der Ausländer nach seinem Heimatsrecht der Fürsorge nicht bedarf. Die Zuständigkeit des deutschen Vormundschaftsgerichts wird aber durch diese materiellrechtliche Frage nicht berührt.

11. OLG. Kolmar, DJZ. **02** 324, PuchéltsZ. **31** 687, ElsLothrJZ. **00** 419; **01** 43: Die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts wird durch den Wohnsitz bestimmt, den die außerheliche Mutter zur Zeit der Geburt ihres Kindes hat. Eine spätere Veränderung des Wohnsitzes der Mutter oder ihres Kindes ist ohne Einfluß auf die Zuständigkeit. § 36 findet bei Anordnung jeder Altersvormundschaft Anwendung, ohne Rücksicht darauf, ob letztere vor oder nach dem 1. Jan. 1900 geborene Mündel betrifft.

12. SächsOLG. **24** 360, OLG. **7** 202: Für die vormundschaftsgerichtlichen

Erörterungen anläßlich der im Inlande erfolgten außerehelichen Niederkunft einer Ausländerin ist das Gericht ihres inländischen Wohnsitzes zuständig.

Vgl. OLG. Rostock, MecklZ. **21** 243.

13. LG. Posen, PosMschr. **4** 139: Das Amtsgericht des Aufenthaltsorts eines Minderjährigen ist für die Einleitung der Pflegschaft zuständig, wenn der Vater des Minderjährigen zwar im Auslande wohnt, aber inländischer Staatsangehöriger geblieben ist.

14. BayObLG. **5** 78, R. **04** 170: Der § 36 gilt auch für die Anordnung einer vorläufigen Vormundschaft.

LG. Köln, ZBlFrG. **2** 192: Die Zuständigkeit zur Einleitung einer vorläufigen Vormundschaft ist begründet, wenn ihre Voraussetzungen in dem Zeitpunkte vorliegen, in dem das Gericht mit der Sache befaßt wird; sie bleibt bestehen, auch wenn zur Zeit der Einleitungsverfügung jene Voraussetzungen bereits nicht mehr vorliegen sollten. Ähnlich OLG. **6** 301 (KG.).

15. BayObLG., R. **02** 211: Abs. 1 Satz 2 ist auch auf die Frage der Abgabe der Vormundschaft aus wichtigen Gründen entsprechend anzuwenden.

§ 37. BayObLG. **3** 14: Die Zuständigkeitsvorschrift des Abs. 1 greift nur Platz, wenn über denjenigen, der einen Pfleger erhalten soll, eine Vormundschaft gemäß § 1773 BGB., nicht dagegen, wenn aus einer anderen Veranlassung bereits eine Pflegschaft über ihn anhängig ist.

§ 39. 1. BayObLG. **4** 493: Für die Pflegschaft über einen Abwesenden ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Abwesende seinen letzten inländischen Wohnsitz hatte; dieser ist für ein uneheliches Kind, solange es nicht rechtswirksam einen selbständigen Wohnsitz begründet hat, der Wohnsitz der Mutter.

2. BayObLG. **5** 25: Für die Anordnung der Pflegschaft über einen Abwesenden, der infolge zehnjährigen Aufenthalts im Auslande die Reichs- und bayerische Staatsangehörigkeit verloren hat, ist nicht das Gericht seines letzten bayerischen Wohnsitzes, sondern das Gericht zuständig, in dessen Bezirke sich das Bedürfnis der Fürsorge für ihn ergibt.

3. BayObLG., OLG. **6** 305, R. **03** 130, BayObLG. **4** 80: Ein Inländer, von dem wegen Verschollenheit nicht festgestellt werden kann, ob er aufgehört hat, Deutscher zu sein, muß bei der Anordnung einer Abwesenheitspflegschaft als Deutscher behandelt werden. Zur Anordnung der Pflegschaft für einen Verschollenen ist das Gericht seines letzten inländischen Wohnsitzes zuständig, wenn er bei Beginn der Verschollenheit Deutscher war.

Ebenso Josef, R. **04** 383. Anders OLG. **4** 117 (Karlsruhe).

§ 43. 1. *Gräsel, ThürBl. **51** 304: Rücksichtlich der Bestimmung der Zuständigkeit für eine nicht eine Vormundschaft oder eine Pflegschaft betreffende Verrichtung des Vormundschaftsgerichts ist, anders als nach § 36, für jede einzelne Angelegenheit maßgebend der Zeitpunkt, in dem das Gericht mit ihr befaßt wird. Bestimmend dafür, wann letzteres als geschehen anzunehmen ist, sind nicht schon rein äußerliche Vorgänge, wie z. B. der, daß eine an das Gericht gerichtete schriftliche Eingabe vom letzteren mit dem üblichen Eingangsvermerk versehen wird, nicht auch nur formelle richterliche Vorbereitungshandlungen zum ersten, vom zuständigen Gericht zu erlassenden, die Sache selbst betreffenden Dekret, also nicht auch bereits eine etwaige vom letzteren getroffene Anordnung, es habe zuvörderst tatsächlich eine erforderlich erscheinende Vervollständigung eines gestellten Antrags bzw. der dafür beigebrachten Unterlagen zu erfolgen, so wenn der Richter von einem die Verhängung der Zwangserziehung über ein Kind betreibenden Antragsteller vor allem zwecks zweifelloser Feststellung der Persönlichkeit des Kindes die Beschaffung einer Geburtsurkunde für letzteres verlangt, als ausschlaggebend kann vielmehr einzig und allein

betrachtet werden ein richterlicher Akt, mit dem die eigentliche amtliche Behandlung der Sache beginnt insofern, als der Richter damit materiell zu ihr Stellung nimmt, rücksichtlich der Sache beschließt, so, wenn er im angenommenen Beispiel, nachdem die Geburtsurkunde des Kindes nachträglich beschafft ist, nach Maßgabe gesetzlicher Vorschrift die Vernehmung der Eltern des letzteren über den gestellten Antrag verfügt und damit an die Behandlung der Sache selbst herantritt. Der Richter wird mit der Angelegenheit, um die es sich im einzelnen Falle handelt, nicht bloß tatsächlich äußerlich „befaßt worden sein", sondern „sich" haben „damit befassen" müssen.

2. AG. F., Thür. Bl. **51** 304: Das Gericht wird mit einer Angelegenheit erst dann „befaßt", wenn es materiell zur Sache Stellung nimmt.

3. BayObLG. **5** 142: Die Zuständigkeit für eine Verrichtung des Vormundschaftsgerichts, die nicht eine Vormundschaft oder Pflegschaft betrifft, bestimmt sich nach dem inländischen Aufenthaltsorte der Person, in Ansehung deren die Verrichtung notwendig wird, wenn diese im Inlande keinen Wohnsitz hat.

BayObLG. **3** 90: Zur Entscheidung darüber, ob und welche Maßregeln der Fürsorge für ein minderjähriges sich nicht im Inlande aufhaltendes eheliches Kind erforderlich sind, dessen Eltern diese Fürsorge in gesetzwidriger Weise vernachlässigen und dessen Vater landesabwesend ist und im Inlande einen bekannten Wohnsitz nicht hat, ist das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk der Vater seinen letzten Wohnsitz im Inlande hatte.

4. KG., R. **04** 22: Das Gericht, welches vor dem 1. Januar 1900 die Außerkurssetzung eines Sparkassenbuchs angeordnet hat, hat auch in dem Falle die Aufhebung des Sperrvermerkes zu verfügen, wenn mit dem 1. Januar 1900 an die Stelle der Vormundschaft die elterliche Gewalt der Mutter getreten ist, damit die Vormundschaft aufgehört hat und die Mutter in einen anderen Ort verzogen ist.

5. LG. Heidelberg, BadRpr. **02** 320: Das eine Zwangserziehung anordnende Amtsgericht ist zur Aufhebung derselben nicht ausschließlich zuständig.

6. BayObLG. **3** 569: Zur Ausstellung des nach § 1314 BGB. erforderlichen Zeugnisses auf Antrag des Witwers ist, wenn für die Kinder eine Vormundschaft oder eine Pflegschaft nicht besteht, das Gericht des Wohnsitzes der Kinder zuständig, in deren Interesse die Verrichtung des Vormundschaftsgerichts vorzunehmen ist.

7. Abs. 2. KG., KGJ. **27** A 161, OLG. **8** 325: Die Zuständigkeit des Gerichts setzt nicht das Bestehen einer die Sorge für die Person betreffenden Pflegschaft, sondern nur das einer Pflegschaft irgendwelcher Art voraus.

§ 46. BayObLG. **2** 153, 206, 760: Für die Frage der Abgabe ist regelmäßig und in erster Linie das Interesse des Mündels maßgebend.

I. Abs. 1. 1. Allgemeine Gesichtspunkte für die Abgabe.

a) **RG.** ZBlFrG. **2** 425: Bei der Frage der Übernahme einer Vormundschaft ist in erster Linie die Fürsorge für die Person des Mündels ausschlaggebend und vor der Fürsorge für das Vermögen zu berücksichtigen.

b) BayObLG. **2** 107, **3** 544, 950, OLG. **2** 262: Bei der Frage, ob ein wichtiger Grund zur Abgabe vorliegt, ist nicht nur das Interesse des Mündels, sondern auch dasjenige in Betracht zu ziehen, welches der Vormund und das Gericht an der Erleichterung und Beaufsichtigung der Vormundschaft haben können. Ähnlich OLG. Kolmar, R. **04** 607.

c) BayObLG., R. **01** 208: Als wichtige Gründe kommen alle Tatsachen in Betracht, die einerseits dem Interesse der Beteiligten zu dienen, andererseits die Führung der Vormundschaft und deren Beaufsichtigung zu erleichtern geeignet sind.

2. Einzelheiten.

a) BayObLG. **4** 109: Als wichtiger Grund für die Abgabe an das Gericht des Wohnorts des Vormundes kann der Umstand allein, daß dies für den

Vormund bequemer wäre und er mündlich mit dem Gerichte verkehren könnte, nicht betrachtet werden.

b) OLG. **1** 120 (Jena), BayObLG. **1** 207, **3** 145: Die Übersiedelung des Mündels in einen anderen Gerichtsbezirk ist für sich allein kein wichtiger Grund zur Abgabe der Vormundschaft.

c) BayObLG. 2 292: Ein wichtiger Grund zur Abgabe an das Heimatsgericht des Mündels liegt vor, wenn letzterem im Bezirke des Gerichts, das bisher aus Zweckmäßigkeitsgründen die Vormundschaft geführt hat, von der zuständigen Polizeibehörde der Aufenthalt verboten worden ist.

d) BayObLG. **1** 158: Aufenthaltswechsel der Mutter ist an sich nicht ohne weiteres als wichtiger Grund zu betrachten.

e) BayObLG. **4** 556: Der nur vorübergehende Aufenthalt des Mündels im Bezirk eines anderen Gerichts bildet für sich keinen wichtigen Grund zur Abgabe der Vormundschaft an dieses Gericht.

f) LG. Gießen, ZBlFrG. **4** 622, HessRspr. **4** 53: Ein wichtiger Grund zur Abgabe einer Vormundschaft liegt nicht vor, wenn die Entfernung des Wohnsitzes des Mündels vom Sitze des Vormundschaftsgerichts nur eine geringe und die Führung der Vormundschaft schon an sich so einfach ist, daß die Fortführung derselben durch das Vormundschaftsgericht trotz der Entfernung keinerlei Schwierigkeiten bietet.

g) Beispiele wichtiger Gründe für Abgabe der Vormundschaft s. BayObLG. **1** 158, 168, 185, 207, 263, 277, 297, 487: *Gräsel, ThürBl. **51** 111.

3. BayObLG. **3** 587: Bevor nicht die Vormundschaft von einem Gericht angeordnet worden ist, kann § 46 keine Anwendung finden.

4. BayObLG. **4** 922: Die Regel, daß die Vormundschaft an das Gericht, in dessen Bezirke der Mündel oder Vormund Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt haben, abzugeben ist, findet dann keine Anwendung, wenn besondere Verhältnisse die Abgabe an dieses Gericht nicht als zweckmäßig erscheinen lassen.

BayObLG. 2 622: Voraussetzung für die Übernahme ist nicht, daß der Mündel im Bezirke des ersuchten Gerichts seinen Wohnsitz habe.

II. Abs. 2. 1. Zustimmung des Vormundes.

a) BayObLG. **2** 153: Die Zustimmung des Vormundes braucht keine ausdrückliche oder förmliche zu sein, es genügt, daß der Vormund der beabsichtigten Abgabe nicht entgegentritt; eines besonderen Antrags des Vormundes auf Abgabe oder Übernahme bedarf es nicht.

b) BayObLG. **1** 214: Die Einholung der Zustimmung des Vormundes liegt dem Gericht ob, welches die Vormundschaft abzugeben beabsichtigt.

c) Ebenda **1** 365: Erfolgt die Einholung durch Ersuchen desjenigen Gerichts, welches die Vormundschaft übernehmen soll, so hat letzteres dem Ersuchen zu entsprechen, auch wenn es zur Übernahme nicht bereit ist.

d) BayObLG. **3** 766, **4** 254: Die im Interesse des Mündels gelegene Übernahme der Vormundschaft kann nicht von der vorgängigen Enthebung des entfernt wohnenden Vormundes durch das bisherige Gericht abhängig gemacht werden.

2. BayrObLG. **2** 442: Die Entscheidung nach Abs. 2 kann auch dann getroffen werden, wenn das obere Gericht irrigerweise auf Grund von § 5 angerufen war.

3. BayObLG. **4** 459: Die Entscheidung des oberen Gerichts setzt voraus, daß das Gericht, welches die Vormundschaft übernehmen soll, von dem bisherigen Vormundschaftsgerichte darüber gehört ist, ob es die Vormundschaft übernehmen will, und daß es sich hierüber geäußert hat.

BayObLG. **2** 223, 728; **3**, 13: Eine Entscheidung des gemeinschaftlichen oberen Gerichts kann nur ergehn, einmal wenn der Vormund zustimmt, oder ein

solcher nicht bestellt ist, die Gerichte aber sich nicht einigen, und sodann, wenn zwar die Gerichte über die Abgabe einig sind, der Vormund aber seine Zustimmung verweigert.

Ebenda 314: Im ersteren Falle kann die Entscheidung erst dann ergehen, wenn mit Sicherheit feststeht, daß der Vormund der Abgabe zustimmt.

KG., PrJMBl. **00** 87: Zur Entscheidung ist in Preußen das Kammergericht nur dann berufen, wenn die streitenden Gerichte in verschiedenen Oberlandesgerichtsbezirken liegen.

III. Abs. 3. KG., KGJ. **24** A 31: Die Bestimmung des Abs. 3 hat auch im Fürsorgeerziehungsverfahren Anwendung zu finden.

KG., KGJ. **25** A 190: Die Abgabe der im § 43 bezeichneten Verrichtungen kann nicht im voraus, ehe das zuständige Gericht mit der Sache befaßt worden ist, sondern nur von Fall zu Fall erfolgen, nachdem die Angelegenheit an das zuständige Gericht gebracht ist.

IV. OLG. **2** 260 (KG.): Das im § 46 angeordnete Verfahren kommt nur im Streite zwischen zwei inländischen Gerichten zur Anwendung. Will ein ausländisches Gericht eine im Inlande geführte Vormundschaft über den Mündel, der durch Verheiratung die ausländische Staatsangehörigkeit erlangt hat, gegen den Willen des inländischen Gerichts übernehmen, so bleibt nur der in den §§ 19, 27 RFrGG. gegebene Beschwerdeweg übrig.

§ 47. KG., KGJ. **21** A 203, R. **01** 349: Verliert ein im Inlande bevormundeter Deutscher die inländische Staatsangehörigkeit und erlangt er die ausländische Staatsangehörigkeit, so hat das deutsche Vormundschaftsgericht die Vormundschaft an den neuen Heimatsstaat auf Verlangen desselben abzugeben.

§ 53. 1. OLG. Jena, ThürBl. **49** 90: Eine Verfügung, durch welche die Zustimmung eines anderen zu einem Rechtsgeschäft ersetzt wird, ist mit der einfachen Beschwerde anfechtbar, wenn geltend gemacht wird, daß ein Fall, in welchem das Gesetz die Ersetzung der Zustimmung zuläßt, nicht vorliege.

2. KG., RJA. **3** 221, ZBlFrG. **4** 131, KGJ. **26** A 18, OLG. **7** 208, R. **03** 394: Zu den Fällen, in denen auf Antrag die Zustimmung eines anderen zu einem Rechtsgeschäft ersetzt wird, gehört auch der Fall, in welchem bei einer Meinungsverschiedenheit mehrerer Pfleger über Vornahme eines Rechtsgeschäfts das auf Grund der §§ 1915, 1797 Abs. 1 BGB. um Entscheidung angegangene Vormundschaftsgericht einer der verschiedenen Meinungen der Pfleger beigetreten ist. Gegen einen solchen Beschluß findet daher gemäß §§ 53 Abs. 1, 60 Nr. 6 nur die sofortige Beschwerde und weitere Beschwerde statt.

§ 54. *Dronke, BuschsZ. **27** 358: Gegen die Ablehnung seines Ersuchens um Eintragung einer Sicherungshypothek gegen den Vormund steht dem Vormundschaftsgerichte die Beschwerde zu; dies auch dann, wenn das Vormundschaftsgericht und das ablehnende Grundbuchamt nur verschiedene Abteilungen des nämlichen Amtsgerichts sind.

§ 55. 1. Breit, Zur Lehre von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, ZBlFrG. **4** 389 ff., 473 ff., 569 ff. kommt zu folgenden Ergebnissen: Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist eine gerichtliche Verfügung, und es finden daher auf sie alle Bestimmungen des FrGG. und der zugehörigen partikularen Ausführungsgesetze Anwendung, die gerichtliche Verfügungen im allgemeinen zum Gegenstande haben. Sie gehört nicht zu den Verfügungen, die nur auf Antrag erlassen werden können; sie soll aber nur auf Antrag erfolgen. Antragsberechtigt ist nur der Vormund, nicht der Vertragsgegner. Auf Antrag des Mündels hat der Richter nur dann in eine causae cognitio einzutreten, wenn das Mündel im Einverständnisse mit dem Vormunde den Antrag gestellt hat. Die Genehmigung wird mit der Bekanntmachung an den Vormund wirksam. Die

Bekanntmachung ist an keine Form gebunden; sie ist wirksam, wenn die Verfügung durch den Vormundschaftsrichter selbst oder in seinem Auftrage durch einen Dritten dem Vormunde mitgeteilt wird.

Das Vormundschaftsgericht kann die Genehmigung auch dann noch erteilen, wenn es zunächst den Antrag des Vormundes zurückgewiesen hat, und umgekehrt sie nachträglich widerrufen. Erst wenn die Genehmigung oder deren Verweigerung einem Dritten gegenüber wirksam geworden ist, kann die Verfügung auch mit Zustimmung des Dritten nicht widerrufen werden. Die Genehmigung wird dem Dritten gegenüber wirksam bei vorheriger Erteilung mit der rechtsgültigen Vornahme des Rechtsgeschäfts, bei nachträglicher Erteilung mit der Mitteilung an den Dritten durch den Vormund.

KG., KGJ. **24** A 11: Eine Form für die Genehmigung und deren Mitteilung ist nicht vorgeschrieben. Dagegen Josef, DNotV. **3** 556.

KG., PosMschr. **04**, 55: Die Erteilung der Genehmigung wird einem Dritten gegenüber erst wirksam, wenn sie ihm vom Vormunde, nicht schon, wenn sie ihm vom Gerichte mitgeteilt wird.

2. Josef, ZBlFrG. **5**, 203: Die bloße Tatsache, daß der Vormund dem Vertragsgegner die Verweigerung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung mitteilt, bewirkt die Unanfechtbarkeit der Verfügung des Vormundschaftsgerichts nur, wenn die Mitteilung als eine endgültige, also in dem Sinne erfolgt ist, daß der Vormund hiermit die Vertragsangelegenheit als erledigt ansehe. In diesem Sinne erfolgt die Mitteilung aber nur ausnahmsweise, und die Beschwerdegerichte müssen daher erst durch besondere Ermittelungen in jedem Falle feststellen, ob die Mitteilung diesen Sinn haben sollte, und nur wenn dies festgestellt wird, ist die Änderung der Verfügung durch das höhere Gericht unzulässig.

Anders Schultheiß, ZBlFrG. **5** 361: Die Mitteilung der Verweigerung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung hat im Regelfalle die Wirkung, daß die Verfügung des Vormundschaftsgerichts nicht mehr geändert werden kann.

3. Schmid, ZBlFrG. **3** 266 ff.: Auf die Fälle, in denen dem Vormund die Einholung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zwar zur Pflicht gemacht wird, der Mangel der Genehmigung aber ohne Einfluß auf die Wirksamkeit des von dem Vormunde vorgenommenen Rechtsgeschäfts ist, findet § 55 keine Anwendung; ebensowenig auf die Fälle, in denen das Gesetz von einer Ermächtigung durch das Vormundschaftsgericht spricht.

Das Gericht kann eine Genehmigung auch ohne Antrag erteilen oder verweigern und eine die Genehmigung erteilende oder verweigernde Entscheidung auch ohne Antrag abändern, so lange die Genehmigung oder deren Verweigerung dem Dritten gegenüber noch nicht wirksam geworden ist.

Gegen die unzulässige Änderung einer Verfügung durch das Vormundschaftsgericht steht dem Dritten die Beschwerde zu; dagegen nicht gegen die genehmigende oder ablehnende Verfügung oder eine noch zulässige Änderung einer solchen Verfügung, denn vor Wirksamwerden der Verfügung steht dem Dritten noch kein Recht zu.

Die Behörden, bei denen die Erteilung oder Versagung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung geltend gemacht wird, sind nicht befugt, nachzuprüfen, ob die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts materiell gerechtfertigt ist, und ob das Vormundschaftsgericht bei der Entscheidung die für das Verfahren bindenden Normen beachtet hat. Dagegen unterliegt der Nachprüfung die Frage, ob die Genehmigung dem Vormund erklärt ist, ob die Verfügung des Vormundschaftsgerichts dem Vormunde bekannt gegeben und ob sie einem Dritten gegenüber wirksam geworden ist.

4. KG., KGJ. **23** A 173: Ist das genehmigte Rechtsgeschäft perfekt geworden, so kann die Genehmigung nicht wieder aufgehoben werden, und zwar weder vom Vormundschaftsgerichte, noch im Wege der Beschwerde oder der weiteren Beschwerde. Ähnlich KG., KGJ. **24** A 11.

KG., KGJ. **25** A 17: Das gleiche gilt von der Verweigerung der Genehmigung, wenn sie dem Gegenkontrahenten mitgeteilt worden ist.

LG. Köln, ZBlFrG. **2** 195: Die im voraus erteilte Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu einem Grundstücksverkaufe wird vor dem förmlichen Vertragsschlusse weder wirksam noch unanfechtbar.

§ 57. 1. Rechtliches Interesse.

a) Finger, ElsLothrJZ. **02** 322 ff. erörtert ausführlich den Begriff des „berechtigten" im Gegensatze zum „rechtlichen Interesse".

b) KG., KGJ. **25** A 5: Ein rechtliches Interesse ist ein solches, das auf einem durch eine Rechtsnorm geregelten Verhältnisse zu einer anderen Person oder einer Sache beruht.

2. LG. Dresden, ZBlFrG. **3** 122: Die Beschwerde wegen Ablehnung der Bestellung eines Gegenvormundes ist unzulässig. Nr. 1 trifft nicht zu, da es sich nicht um die „Anordnung einer Vormundschaft" handelt, die Bestellung eines Gegenvormundes vielmehr das Vorliegen einer solchen Anordnung voraussetzt. Nr. 9 greift nicht ein, da hierunter nur Entscheidungen über bestimmte einzelne Angelegenheiten des Mündels, nicht aber Verfügungen so allgemeinen Inhalts wie die Bestellung eines Gegenvormundes fallen.

Ähnlich BayObLG., OLG. **1** 76, SeuffA. **56** 116. Hinsichtlich des letzten Satzes anders OLG. Jena, ZBlFrG. **4** 95.

3. OLG. Jena, ZBlFrG. **4** 341: Die Aufhebung einer Nachlaßverwaltung, die auf Antrag des Erben vom Nachlaßgericht verfügt ist, kann von einem Nachlaßgläubiger mit der Beschwerde angefochten werden.

4. BayObLG. **2** 552: Der Vater, dem das Recht der Vermögensverwaltung entzogen ist, hat kein Recht zur Beschwerde gegen eine Verfügung des Vormundschaftsgerichts, welche nicht sein Erziehungsrecht, sondern nur die Vermögensverwaltung betrifft.

5. LG. Kolmar, ZBlFrG. **2** 339: Die Beschwerde gemäß Nr. 9 ist nur zulässig, wenn sie im Interesse des Mündels erhoben wird.

6. KG., PosMschr. **03** 191: Dem Ehemann einer wegen Geisteskrankheit bevormundeten Frau steht gegen Verfügungen des Vormundschaftsgerichts die Beschwerde zu.

7. KG., RJA. **1** 87, KGJ. **20** A 139, OLG. **1** 282, R. **00** 435, ZBlFrG. **1** 319: Gegen eine Verfügung des Vormundschaftsgerichts, durch welche der Antrag des Waisenrats, der Mutter das Erziehungsrecht über ihren Sohn zu entziehen, abgelehnt wird, steht dem Waisenrate die Beschwerde zu.

8. KG., RJA. **1** 43, KGJ. **20** A 136, OLG. **1** 190, R. **00** 329, ThürBl. **48** 148, ZBlFrG. **1** 161: Gegen die Verfügung des Vormundschaftsgerichts, durch welche die Genehmigung zu einem über die Unterhaltspflicht des Vaters geschlossenen Vergleiche versagt wird, steht dem Vater des unehelichen Kindes kein Beschwerderecht zu.

9. OLG. Dresden, SeuffA. **58** 431: Dem Großvater steht gegen die Unterbringung seines vaterlosen Enkels in einer Erziehungsanstalt die Beschwerde zu.

BayObLG. **4** 223: Desgleichen gegen die Ablehnung der Unterbringung.

OLG. **7** 339 (KG.): Der Ehemann einer entmündigten Frau hat bezüglich der Auswahl des Vormundes ein selbständiges Beschwerderecht.

10. BayObLG. **3** 115, ZBlFrG. **2** 884: Gegen die bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen Mutter und Vormund ergehende Entscheidung des Vor-

mundschaftsgerichts über den für Unterhalt und Erziehung der Kinder zu machenden Aufwand steht der Mutter nach Nr. 9 die Beschwerde zu.

11. SächsOLG. **22** 200: Der geschiedene Mann, dem die Erziehung der Kinder nicht zusteht, hat gegen die Bestellung eines Pflegers für die Kinder ein Beschwerderecht.

OLG. **2** 347 (KG.): Gegen die Ablehnung der Abgabe einer Vormundschaft steht nahen Verwandten des Mündels die Beschwerde zu.

12. KG., RJA. **2** 113, ZBlFrG. **2** 208, KGJ. **22** A 213, R. **01** 432: Gegen die Bestellung einer Person zum Vormunde steht den durch die Wahl der bestellten Person in ihren berechtigten Interessen Beeinträchtigten das Recht der Beschwerde gemäß Nr. 9 auch dann zu, wenn die Bestellung bereits erfolgt ist. Die Aufhebung der Bestellung hat keine rückwirkende Kraft. Ebenso OLG. Jena, ZBlFrG. **4** 95, OLG. **7** 205.

13. BayObLG., SeuffA. **59** 212, R. **04** 49: Dem Anwalt eines den Entmündigungsbeschluß anfechtenden Entmündigten steht gegen eine Verfügung des Vormundschaftsgerichts, durch welche sein Antrag, den Vormund zur Zahlung eines Kostenvorschusses aus dem Mündelvermögen anzuhalten, zurückgewiesen wird, die Beschwerde zu.

14. a) OLG. **2** 347 (KG.): Wird eine Anregung bei dem Vormundschaftsgerichte, mit einem anderen Gerichte wegen Übernahme einer Vormundschaftssache in Verbindung zu treten, abgelehnt, so stellt sich dies als eine die Sorge für die Person des Mündels betreffende Entscheidung dar, gegen welche die Beschwerde gemäß § 57 Ziff. 9 gegeben ist. Die Beschwerde kann jeder einlegen, der an der Wahrnehmung der Angelegenheit ein berechtigtes Interesse hat. Ein solches Interesse am Wohle des Mündels haben auch nahe Verwandte desselben.

b) KG., RJA. **2** 113, ZBlFrG. **2** 208, OLG. **3** 308, R. **01** 432: Auch die Bestellung eines Vormundes zwecks Wahrnehmung der Sorge für das Vermögen des Kindes kann sich unter Umständen als eine Entscheidung über eine die Sorge für die Person des Mündels betreffende Angelegenheit darstellen. Gehört daher ein solcher Vormund nicht dem religiösen Bekenntnis des Mündels an, so steht den Verwandten des Mündels die Beschwerde zu. Ähnlich BayObLG., R. **04** 226.

c) BayObLG. **5** 160: Die Entlassung des bisherigen Vormundes und seine Ersetzung durch den Antragsteller ist, auch wenn die vom Antragsteller geltend gemachten Gründe mit der Sorge für das Vermögen des Mündels zusammenhängen, zugleich eine die Sorge für die Person des Mündels betreffende Angelegenheit. Hat der Antragsteller deshalb nach der Sachlage ein berechtigtes Interesse an der Wahrnehmung der Angelegenheit, so steht ihm die Beschwerde zu.

Vgl. auch u. zu § 60.

§ 59. 1. BayObLG. **1** 193, OLG. **00** 76: Unter den die Person des Mündels betreffenden Angelegenheiten im Sinne des § 59 sind nur solche Angelegenheiten zu verstehen, bei denen es sich unmittelbar um die Wahrnehmung der Fürsorge für die Person des Mündels handelt. Gegen die Ablehnung des Antrags auf Abgabe der Vormundschaft an ein anderes Gericht oder auf Entlassung des Vormundes wegen seiner Vermögensverwaltung steht daher dem wegen Verschwendung Entmündigten ein selbständiges Beschwerderecht nicht zu.

2. Josef, DNotV. **4** 377 ff.: Geschäftsbeschränkten steht, da sie nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes vertretungsbedürftig sind, die Fähigkeit zur Stellung von Anträgen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit grundsätzlich nicht zu; insbesondere folgt daraus, daß ihnen nach § 59 gegen die hier bezeichneten Verfügungen das selbständige Beschwerderecht zusteht, keineswegs, daß sie ein selbständiges Antragsrecht haben. § 59 ist vielmehr als Ausnahme=

vorschrift nicht ausdehnend auszulegen. Ein selbständiges Antragsrecht der Geschäftsbeschränkten besteht in allen Fällen nur, soweit es ihnen durch ausdrückliche gesetzliche Vorschrift beigelegt ist (z. B. beim Antrag auf Volljährigkeitserklärung) oder deshalb zukommt, weil es zur Durchführung einer ihnen vom Gesetze beigelegten Fähigkeit (z. B. zur Eheschließung) erforderlich ist.

Anders *Rausnitz, Komm. 64 ff.: Im Verfahren der FrGG. sind die Betheiligten nicht Subjekte sondern Objekte des Verfahrens. Deshalb ist es grundsätzlich gleichgültig, ob die Beteiligten geschäftsfähig sind oder nicht. Nur soweit Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäfte im Verfahren anzunehmen sind, kommt die Geschäftsfähigkeit in Betracht.

Breit, ZBlFrG. **4** 478: Aus der selbständigen Beschwerdebefugnis der geschäftsbeschränkten Person folgt nicht ohne weiteres, daß ihnen auch ein Recht zustehe, selbständig Anträge beim Vormundschaftsgerichte zu stellen. Nur ausnahmsweise ist ihnen ein selbständiges Antragsrecht ausdrücklich eingeräumt.

3. KG., KGJ. **24** A 148, OLG. **5** 444: Eine wegen Geistesschwäche entmündigte verwitwete Mutter kann in einer die Erziehung ihres minderjährigen Kindes betreffenden Angelegenheit ohne Mitwirkung ihres Vormundes Beschwerde einlegen.

Ähnlich Josef, R. **04** 248: Das selbständige Beschwerderecht steht dem Mündel nur zu gegen Verfügungen, die in der über den Mündel selbst geführten Vormundschaft ergehen, nicht aber gegen Verfügungen, die in einer über einen Dritten (z. B. über das Kind des Mündels) geführten Vormundschaft erlassen werden. Ergeht in dieser letzteren eine Verfügung, durch welche ein Recht des Mündels beeinträchtigt wird, so tritt der Grundsatz in Kraft, daß der Mündel bei Ausübung des Beschwerderechts durch den Vormund vertreten wird. Nur erleidet dieser letztere Satz, auch abgesehen von § 59, eine wichtige Ausnahme:

Soweit nämlich das Gesetz einem Geschäftsbeschränkten die Fähigkeit gibt, gewisse Rechte selbständig auszuüben, ist der Geschäftsbeschränkte zugleich in der freiwilligen Gerichtsbarkeit beschwerdeberechtigt; er ist insoweit unbeschränkt geschäftsfähig. Zeigt die geschäftsbeschränkte Mutter dem Vormundschaftsgerichte an, daß ihr Kind sich bei einem Dritten befinde, der die Erziehung gefährde, oder daß der Vormund pflichtwidrig verfahre, so handelt sie in Ausübung ihrer Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen; sie ist also nach dem oben gedachten Rechtssatze auch befugt, die auf ihre Anträge ergehenden Entscheidungen durch Rechtsmittel anzugreifen.

4. BayObLG. **1** 76: Der Mündel kann eine auf Entlassung des Vormundes gerichtete Beschwerde nur dann selbständig erheben, wenn dieselbe darauf gestützt ist, daß der Vormund die Sorge für die Person des Mündels vernachlässigt, nicht aber bei behaupteter Gefährdung der Vermögenserhaltung.

5. KG., RJA. **3** 171, ZBlFrG. **3** 662, KGJ. **25** A 184, OLG. **6** 299, R. **03** 125: Die minderjährige Mutter eines unehelichen Kindes, deren Antrag auf Entlassung des Vormundes des Kindes vom Vormundschaftsgericht zurückgewiesen wird, kann ein ihr etwa zustehendes Beschwerderecht nicht ohne Mitwirkung ihres gesetzlichen Vertreters ausüben.

6. LG. Köln, ZBlFrG. **2** 192: Ein über 14 Jahre altes Hauskind ist beschwerdeberechtigt überall, wo ein Mündel vor der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts gehört werden müßte, auch wenn diese Anhörung in gleichen Fällen für Kinder unter elterlicher Gewalt nicht vorgeschrieben ist.

§ 60. 1. Ziff. 1. a) BayObLG. **5** 160 R. **04** 226: Die Übergehung einer nach dem Gesetze zur Vormundschaft berufenen Person macht die Bestellung einer anderen Person zum Vormund nicht unwirksam, sondern gibt dem Übergangenen nur das Recht zur sofortigen Beschwerde.

b) OLG. Jena, ZBlFrG. **4** 95: Aus Ziff. 1 ergibt sich lediglich, daß die Übergehung einer vom Gesetze zum Vormunde berufenen Person nur von diesem selbst mit der Beschwerde gerügt werden kann; nicht aber ist daraus zu folgern, daß gegen die Auswahl des Vormundes schlechthin nur dann eine Beschwerde gegeben sein soll, wenn ein gesetzlich Berufener übergangen ist, und nur dem Uebergangenen.

2. OLG. **7** 207 (KG.): Wird die angeordnete vorläufige Vormundschaft auf sofortige Beschwerde hin aufgehoben, so findet gegen diesen Beschluß die einfache weitere Beschwerde statt. Anders OLG. **2** 264 (KG.).

3. Vgl. auch o. zu § 53.

§ 62. Josef, ZBlFrG. **5** 203: Eine dem § 62 zuwider erfolgte Änderung ist unwirksam; die Nichtigkeit einer solchen Entscheidung des Beschwerdegerichts ist im Prozeßwege zwischen dem Mündel und dem Vertragsgegner festzustellen.

Dritter Abschnitt. Annahme an Kindesstatt.

§ 68. 1. Abs. 1. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 293, Geib, BuschsZ. **32** 450: Durch § 68 ist nur die Beschwerde gegen den Bestätigungsbeschluß im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausgeschlossen, nicht aber das bestätigte Rechtsgeschäft der Anfechtung nach materiellem Rechte entzogen. Anders Dernburg, BürgR. IV 307.

2. Abs. 2. OLG. Dresden, SeuffA. **57** 176: Unter Abs. 2 fällt nur ein Beschluß, wodurch das Amtsgericht auf Grund sachlicher Prüfung wegen des Mangels eines der gesetzlichen Vertragserfordernisse die Bestätigung verweigert, nicht aber ein Beschluß, wodurch es wegen örtlicher Unzuständigkeit ablehnt, in eine sachliche Prüfung der Erfüllung der gesetzlichen Erfordernisse einzutreten. Im letzteren Falle ist die fristlose Beschwerde nach § 19 a. a. O. gegeben.

Vierter Abschnitt. Personenstand.

Vgl. Radlauer, Das Verfahren betr. die Berichtigung der Eintragungen in das Standesregister, PosMschr. **00** 2.

§ 69. 1. KG., KGJ. **21** A 53, OLG. Köln, RheinA. I **96** 201, LG. Krefeld, ZBlFrG. **1** 140: Auch für die Berichtigung der vor dem 1. Januar 1876 bewirkten Eintragungen in die Zivilstandesregister sind die Amtsgerichte zuständig.

2. KG., KGJ. **22** A 257: Der Richter, bei dem beantragt ist, den Standesbeamten anzuweisen, die durch einen Vertrag auf Annahme an Kindesstatt begründete Veränderung des Standeswesens des angenommenen Kindes im Geburtsregister zu vermerken, hat den Vertrag auf seine formellen Erfordernisse und auf seine materielle Wirksamkeit zu prüfen.

3. OLG. Darmstadt, DIZ. **00** 280: Das Berichtigungsverfahren ist zulässig, wenn bei der Anmeldung durch einen Beauftragten irrtümlich ein anderer Vorname als der ihm aufgetragene angemeldet worden ist.

OLG. Dresden, BoschersZ. **01** 55: Im Berichtigungsverfahren kann einem Kinde, für das ein gegen die guten Sitten verstoßender Vorname eingetragen ist, ein anderer Name beigelegt werden.

4. KG., KGJ. **21** A 49: Die Ablehnung einer Amtshandlung liegt nicht nur dann vor, wenn der Standesbeamte die Vornahme einer Amtshandlung schlechthin verweigert, sondern auch schon dann, wenn er sie nur so, wie sie beantragt ist, verweigert, oder sie an ungerechtfertigte Bedingungen knüpft.

5. KG., KGJ. **22** A 255: Ist die Erklärung des Ehemanns über die Vaterschaft des vorehelichen Kindes seiner Ehefrau unwahr, so ist im Berichtigungsverfahren das Geburts- wie das Heiratsregister zu berichtigen.

§ 70. 1. Das Verfahren zur Berichtigung der Standesregister wird von *Frese ausführlich erörtert (ZBlFrG. **4** 675 ff.). Er weist nach, daß der Praxis durch die Vorschrift im § 70 FrGG. große Schwierigkeiten entstehen, daß der Inhalt der Vorschrift ebenso verfehlt ist, wie ihre Begründung und daß jedenfalls der Begriff der Beschwerdeberechtigten im Sinne der Vorschrift weit enger gefaßt werden muß, als dies in Theorie und Praxis bisher geschehen ist. Gegen eine gerichtliche Verfügung, durch die die Berichtigung einer Eintragung im Standesregister angeordnet wird, steht die sofortige Beschwerde ➻ oder die sofortige weitere Beschwerde ⟵ wegen Beeinträchtigung eines Rechtes (FrGG. § 20) nur zu:

A. in den Fällen, wo die Berichtigung sich auf eine Eintragung im Geburts- oder Heiratsregister bezieht, in der die Anerkennung der Vaterschaft eines unehelichen Kindes mit beurkundet ist, dem anerkannten Vater und dem anerkannten Kinde oder ihrem etwaigen Rechtsnachfolger;

B. in denselben und in allen anderen Fällen

a) der Aufsichtsbehörde des Standesbeamten und

b) demjenigen, der ein eigenes Interesse an der Berichtigung betätigt hat

α) in dem der Verfügung vorausgegangenen Berichtigungsverfahren oder

β) im Beschwerdeverfahren, sei es zur Begründung der von ihm selbst, sei es zur Bekämpfung der von einem anderen eingewendeten Beschwerde.

Einer Person, bei der sich ein besonderes Interesse an einer standesamtlichen Urkunde vermuten läßt, kann deshalb allein ein eigenes Recht an der in der Urkunde enthaltenen Eintragung, ein besonderes, ihr zustehendes oder von ihr wahrzunehmendes Recht an der Urkunde noch nicht zugesprochen, mithin auch ein Beschwerderecht im Sinne von FrGG. § 20 nicht zugestanden werden, weil außer den Fällen unter A alle standesamtlichen Eintragungen nur Beweisurkunden sind, die weit mehr unter dem Gesichtspunkte des öffentlichen Rechtes, als unter dem des Privatrechts errichtet werden und jedermann zur Verfügung stehen, ein Recht des einzelnen aber weder begründen noch beeinträchtigen können.

De lege ferenda wird empfohlen, den § 70 zu streichen und statt dessen zu bestimmen, daß gegen eine Verfügung, durch die über eine Berichtigung des Standesregisters entschieden wird, die Beschwerde, unbeschadet der Vorschriften des § 20, jedem zusteht, der an der Berichtigung ein berechtigtes Interesse hat.

2. Aus der Praxis.

a) OLG. Dresden, SeuffA. **58** 382, SächsOLG. **24** 384: Eine Berichtigung liegt nicht vor, wenn zufolge gesetzlicher Vorschrift zu einer richtigen Eintragung rechtlich erhebliche Umstände, die in die Zeit nach der Eintragung fallen, im Standesregister zu vermerken sind. Daher hier einfache Beschwerde.

b) KG., RJA. **2** 158, ZBlFrG. **2** 368, KGJ. **21** A 181, OLG. **2** 176, **3** 398: Die sofortige Beschwerde gegen den von dem Gerichte erlassenen Berichtigungsbeschluß steht nicht dem Standesbeamten, sondern nur der Aufsichtsbehörde zu. Ähnlich BayObLG. **2** 581.

c) KG., RJA. **4** 84, KGJ. **27** A 31, OLG. **8** 233: Dem Standesbeamten, der zur Vornahme einer von ihm abgelehnten Amtshandlung durch das Amtsgericht angewiesen wird, steht gegen diese Verfügung die sachliche Beschwerde nicht zu. Selbst wenn die Vornahme der angeordneten Amtshandlung eine Verletzung seiner Amtspflicht enthalten würde, kann er nur im Aufsichtswege Beschwerde erheben. Ähnlich OLG. **5** 444, R. **01** 514, SchlHolstAnz. **04** 157, SeuffA. **59** 430.

Fünfter Abschnitt. Nachlaß- und Teilungssachen.

Literatur: Borcherdt, Das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung, Breslau 1901. — Boschan, Die Nachlaßsachen in der gerichtlichen Praxis. 2. Teil: Die gesamte Tätigkeit des Nachlaßgerichts, Berlin 1905. — Maercker, Nachlaßbehandlung rc. (17), Berlin 1902. — Münchmeyer, Der deutsche Erbnachweis, Hannover-Berlin 1904. — v. d. Pfordten, Die Behandlung des Nachlasses von Ausländern, München 1904. — Weißler, Das deutsche Nachlaßverfahren, Berlin. 1900.

Vor § 72. 1. Dronke, RheinARV. **00** 3 gibt eine Übersicht über die Tätigkeit des Nachlaßgerichts unter Anführung sämtlicher einschlägiger Vorschriften des formellen und materiellen Rechtes.

2. Josef, ZBlFrG. **2** 319, führt aus, daß die Frage, wer in Nachlaßsachen „Partei" ist, je nach Lage des Falles verschieden zu beantworten sei, und daß diese Frage nur hinsichtlich der Ausschließung des Richters Bedeutung habe.

§ 72. 1. AG. Heidelberg, BadRpr. **02** 282: Die im § 2262 BGB. vorgesehenen Verpflichtungen liegen dem Nachlaßgericht auch dann ob, wenn der Erblasser vor dem Inkrafttreten des BGB. gestorben ist.

2. LG. Gnesen, PosMschr. **04** 9: Für die Festsetzung der Vergütung des Testamentsvollstreckers ist nicht das Nachlaßgericht, sondern das Prozeßgericht zuständig.

§ 73. 1. *Boschan, Gruchots Beitr. **46** 294: Das Nachlaßgericht hat erforderlichenfalls die Tatsachen, auf denen seine Zuständigkeit beruht, von Amts wegen zu ermitteln und darf sein Einschreiten nicht deshalb ablehnen, weil seine Zuständigkeit zweifelhaft sei. Ähnlich LG. Neustrelitz, MecklZ. **00** 340.

2. BayObLG. **2** 111: Die Worte „in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes" umfassen auch den Fall, daß ein bestimmter Wohnsitz des Erblassers im Inlande nicht zu ermitteln ist. (Vgl. auch o. Ziff. 2 zu § 36.)

3. OLG. Stuttgart, WürttZ. **01** 157: Für den Nachlaß eines in Amerika verschollenen und für tot erklärten Deutschen, hinsichtlich dessen ein inländischer Wohnsitz nicht nachgewiesen werden kann, hat als zuständiges Nachlaßgericht dasjenige inländische Gericht zu gelten, in dessen Bezirke sich Nachlaßgegenstände des Verschollenen oder das für denselben verwaltete Vermögen befinden.

4. KG., KGJ. **25** A 241: Beim Tode eines Ausländers, der im Inlande seinen Wohnsitz gehabt hat, im Inlande ist die Frage, welche Behörde (ein deutsches Gericht oder eine ausländische Behörde) die Funktionen des Nachlaßgerichts wahrzunehmen hat, und welche Obliegenheiten dem Nachlaßgericht in dieser Beziehung zustehen, nach dem für den betreffenden Nachlaß geltenden materiellen Rechte, nicht schlechthin nach dem des letzten Wohnsitzes, zu entscheiden. Das deutsche Gericht, in dessen Bezirke sich der Nachlaß befindet, ist aber jedenfalls zu dessen Sicherung befugt und hat den deswegen ergehenden Ersuchen der ausländischen Gerichtsbehörden innerhalb seiner Zuständigkeit grundsätzlich zu entsprechen.

5. Hörle, R. **04** 371: Zwecks Feststellung der Staatsangehörigkeit des Erblassers bedarf es nicht eines nach den Regeln der ZPO. zu führenden strikten Beweises, vielmehr genügt, auch wo es sich um Feststellung des fiskalischen Erbrechts handelt, eine Feststellung auf Grund der nach Lage der Sache vernünftigerweise vorzunehmenden Erhebungen. Dabei ist, wenn der Erblasser ausgewandert war, im Zweifel anzunehmen, daß er nach zehn Jahren die Reichsangehörigkeit verloren hat. Die bloße Möglichkeit, daß der Erblasser durch zeitweilige Rückkehr in die Heimat oder dergleichen den Verlust der Staatsangehörigkeit abgewandt hat, braucht das Nachlaßgericht nicht zu berücksichtigen.

Anders Josef, ebenda 383: Ersieht das Gericht, daß der Erblasser vor mehr als zehn Jahren das Reichsgebiet verlassen hat, so folgt daraus noch nicht, daß er die Reichsangehörigkeit verloren hat; es bleibt vielmehr die Möglichkeit, daß sein Aufenthalt durch zeitweilige Rückkehr unterbrochen, oder daß er in eine Konsulatsmatrikel eingetragen war. Auch diese Möglichkeit hat das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit infolge der ihm obliegenden Ermittelungspflicht genau wie jede andere Möglichkeit zu berücksichtigen; es darf sich nicht auf Vermutungen beschränken. Es hat also den Verlust der Reichsangehörigkeit nur dann als erwiesen anzunehmen, wenn nach Lage der Sache die Annahme gerechtfertigt ist, daß der Erblasser wegen seiner zehnjährigen Abwesenheit keine Beziehungen zum Inlande unterhalten hat und folglich auch nichts dafür spricht, daß er zeitweilig zurückgekehrt oder in eine Konsulatsmatrikel eingetragen war. Diesbezügliche Ermittelungen hat das Gericht von Amts wegen anzustellen; sind sie erfolglos, so bleibt die durch den letzten inländischen Wohnsitz begründete Zuständigkeit nach wie vor bestehen.

6. Niemeyer, BöhmsZ. **13** 21: Der § 73 beansprucht, weil er eine Zuständigkeitsvorschrift enthält, internationalprivatrechtliche Bedeutung, ebenso wie die Zuständigkeitsvorschriften der ZPO., StrPO. und KO. Das deutsche Nachlaßgericht ist also zu allen ihm nach deutschem Rechte obliegenden Verrichtungen zuständig, auch wenn der Erblasser nach ausländischem Rechte beerbt wird (Art. 25 EGBGB.). Es kann nur in Frage kommen, ob nicht einzelne jener Verrichtungen deshalb in Wegfall kommen, weil die Beerbung nach ausländischem Rechte erfolgt und mit diesem die betreffende Rechtseinrichtung des deutschen Rechtes unvereinbar ist. Von diesen Gesichtspunkten aus liegt die Sicherung des Nachlasses, die Testamentseröffnung, die Erzwingung der Herausgabe des Testaments, die Auseinandersetzung dem deutschen Nachlaßgerichte ob, auch wenn der Erblasser nach ausländischem Rechte beerbt wird, denn alle diese Rechtseinrichtungen sind auch mit jedem Auslandsrecht verträglich. Dagegen liegen die Verrichtungen betreffs der Testamentsvollstreckung, der Setzung der Inventarfrist, der Nachlaßverwaltung, der Entgegennahme von Erklärungen (z. B. betreffs der Erbschaftsausschlagung) dem deutschen Nachlaßgerichte, wenn der Erblasser ein Ausländer war, nur dann ob, wenn auch das zur Anwendung kommende Auslandsrecht jene Rechtseinrichtungen kennt. Andererseits hat das deutsche Nachlaßgericht nicht etwa bei jeder dieser Amtshandlungen, sofern der Erblasser ein Ausländer war, zunächst festzustellen, ob sie dem Auslandsrechte bekannt sind; vielmehr hat es in zweifelhaften Fällen jene Verrichtungen vorzunehmen, selbst auf die Möglichkeit hin, daß sie nach ausländischem Rechte wirkungslos sein könnten. So wird ferner die bloße Entgegennahme und Aufnahme des Inventars, da dieses zur Feststellung des Nachlasses dient, nicht abgelehnt werden können, wenn auch die Setzung der Inventarfrist nach dem Auslandsrecht unzulässig ist, weil dies eine beschränkte Haftung des Erben nicht kennt. Endlich folgt aus Satz 2 des Art. 25 EGBGB., daß, soweit der Erbe oder ein Nachlaßgläubiger Deutsche sind, das Nachlaßgericht alle ihm nach deutschen Rechte obliegenden Verrichtungen unbedingt vorzunehmen hat, da dem deutschen Beteiligten alle Rechtseinrichtungen des Inlandes zur Verfügung stehen, selbst wenn die Beerbung nach ausländischem Rechte erfolgt. — Das Aufgebot der Nachlaßgläubiger liegt nicht dem Nachlaßgerichte, sondern dem Prozeßgerichte ob, und findet wie alle Rechtseinrichtungen der streitigen Gerichtsbarkeit auch statt, wenn die Beerbung nach ausländischem Rechte erfolgt. Ähnlich Josef, DNotV. **4** 199 ff.

7. Beschl. d. Not. Mannheim, BadNotZ. **04** 124: Für die Erteilung eines Erbscheins nach einem für tot erklärten, nach Amerika Ausgewanderten ist das Gericht des letzten inländischen Wohnsitzes zuständig.

8. OLG. Rostock, MecklZ. **19** 234: Zur Einleitung einer Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Klagerhebung ist nur das nach § 73, nicht das nach § 74 berufene Gericht zuständig.

9. Stechert, PosMschr. **02** 105: Für die Vermittelung der Auseinandersetzung zwischen minderjährigen Kindern und dem wiederheiratenden Vater in Ansehung des mütterlichen Nachlasses ist auch das Vormundschaftsgericht zuständig. Dagegen Weßling, ebenda 138.

§ 74. *Boschan, Nachlaßsachen II 23, 24: Die Zuständigkeit des im § 74 genannten Amtsgerichts wird noch nicht dadurch begründet, daß bei ihm über einen Teil der Miterben eine Vormundschaft anhängig ist oder einzuleiten sein würde, sondern es müssen in seinem Bezirke Tatsachen hervorgetreten sein, welche die Übernahme der Fürsorge rechtfertigen. Ein solcher Fall liegt z. B. vor, wenn einzelne Nachlaßgegenstände unter Siegel zu legen sind oder ein Pfleger zu bestellen ist, der sofort eine geschuldete Leistung am Erfüllungsorte (§§ 269, 270 BGB.) in Empfang zu nehmen hat. Der Umstand, daß in dem Bezirke des Amtsgerichts einzelne der bekannten Miterben, insbesondere Mündel, wohnen, wird regelmäßig noch nicht die Annahme rechtfertigen, daß in dessen Bezirke das Bedürfnis der Nachlaßsicherung hervorgetreten ist.

Ebenda 24: Das auch nur mit einer Sicherungsmaßregel befaßte Amtsgericht ist und bleibt, soweit es sich um die Sicherung des Nachlasses handelt, zur Vornahme sämtlicher Sicherungsmaßregeln zuständig und es darf nicht etwa die Ausführung der weiteren Sicherungsmaßregeln dem zuständigen Nachlaßgericht übertragen.

Ebenda 27: Ist die Siegelung durch das im § 74 genannte Amtsgericht angeordnet, so ist zur Anordnung der Entsiegelung nur das nach § 73 zuständige Nachlaßgericht befugt, da die Entsiegelung nicht mehr der Sicherung des Nachlasses dient, vielmehr bestimmt ist, die erfolgte Sicherung wieder zu beseitigen. A. M. Weißler 99, 100.

§ 75. Ebenda 32: Der Schlußsatz des § 75 bezieht sich auch auf das nach § 74 tätig gewordene Nachlaßgericht, welches hiernach berechtigt ist, die Pflegschaft an das nach § 73 zuständige Nachlaßgericht abzugeben.

§ 76. KGBl. **00** 92 (KG.): Wenn der Nachlaßrichter über das Vorliegen der Voraussetzungen der beantragten Nachlaßverwaltung Zweifel hegt, so hat er darüber von Amts wegen Ermittelungen anzustellen.

LG. Karlsruhe, ZBlFrG. **4** 32: Gegen den Beschluß des Nachlaßgerichts, durch welchen der Antrag der Miterben auf Anordnung der Nachlaßverwaltung abgelehnt wird, steht nur der Gesamtheit der Miterben die Beschwerde zu; die von einem einzelnen Miterben eingelegte Beschwerde ist unzulässig.

§ 77. 1. *Boschan, Nachlaßsachen II 96: Die öffentliche Zustellung der Verfügung an den Erben ist nach dem Zwecke, der mit der Friststellung verfolgt wird, als unzulässig zu erachten; der Nachlaßgläubiger hat in diesem Falle das Recht, die Bestellung eines Abwesenheitspflegers in Anregung zu bringen.

Vgl. ferner ebenda 110, 113, 115 zu § 1995 Abs. 3 BGB., § 1996 und § 2005 Abs. 2 BGB.

Josef, ZBlFrG. **3** 603: Die Verfügung, durch die dem Erben die Inventarfrist gestellt wird, kann vom Nachlaßgericht geändert, also die Bestimmung der Frist zurückgenommen werden, falls diese Verfügung sich infolge veränderter Umstände als unhaltbar erweist, so etwa, wenn der Erbe nachträglich die Versäumung der Ausschlagungsfrist anficht. Doch besteht keine Verpflichtung des Nachlaßgerichts hierzu, vielmehr erscheint eine solche Rücknahme zwar als gesetzlich zulässig, aber als unzweckmäßig mit Rücksicht auf die Möglichkeit drohender Verwickelungen.

§ 79. 1. Josef, ZBlFrG. **3** 603: Wenn der zur Eidesleistung geladene Erbe in zwei Terminen ausgeblieben ist und sodann die Anberaumung eines dritten Termins verlangt, kann das Nachlaßgericht auch beim Widerspruch des Gläubigers den Termin anberaumen. Zwar hat nach § 2006 BGB. die Versäumung zweier Termine die unbeschränkte Haftung des Erben zur Folge, wofern nicht das Ausbleiben im zweiten Termine genügend entschuldigt ist, und über das Vorhandensein dieser Voraussetzung steht nur dem Prozeßgericht die Entscheidung zu. Das Nachlaßgericht maßt sich eine solche Entscheidung aber auch gar nicht an, wenn es das Ausbleiben des Erben im zweiten Termine für genügend entschuldigt ansieht und einen dritten Termin anberaumt; das Nachlaßgericht entfaltet hier vielmehr nur eine auf Grund rein tatsächlicher Würdigung ihm zustehende Tätigkeit und diese tatsächliche Würdigung ist für das Prozeßgericht nicht bindend.

2. Aus der Praxis:

a) OLG. Rostock, SeuffA. **57** 67: Die Entscheidung darüber, ob ein versäumter Termin zur Eidesleistung zu wiederholen ist oder nicht, steht nur dem Prozeßrichter zu.

b) BayObLG. **6** 484, R. **03** 211: Die Eidesleistung kann nur im Prozeßwege erzwungen werden.

c) KG., RJA. **4** 201: Während der Dauer einer Nachlaßverwaltung kann ein Nachlaßgläubiger seine Befugnis, von dem Erben die Leistung des Offenbarungseids zu verlangen, nicht ausüben.

§ 81. **RG.** JW. **04** 11, Gruchots Beitr. **48** 1035: Auf Erbschaftsfälle, die vor dem 1. Januar 1900 eingetreten sind, findet § 81 keine Anwendung.

§ 83. 1. Niemeyer, Böhms Z. **13** 40: Voraussetzung der Zwangsmaßregeln ist nur, daß das Testament sich im Inland befindet, nicht dagegen auch, daß der Erblasser Deutscher war.

2. LG. Elberfeld, R. **00** 463: Dem Nachlaßgericht steht gegen einen Notar, der sich weigert, ein von ihm errichtetes Testament zwecks gerichtlicher Eröffnung einzureichen, kein Zwangsmittel zu.

3. *Boschan, Nachlaßsachen II 161, 162: Außer der Verhängung von Ordnungsstrafen ist nach Landesrecht (z. B. in Preußen gemäß Art. 17 PrFrGG.) die Anwendung von Gewalt, insbesondere die Wegnahme des Testaments zur Ergänzung der Ablieferung zulässig, nur dürfen beide Zwangsmittel nicht gleichzeitig angewendet werden. Es ist aber nicht unzulässig, schon vor Durchführung des Ordnungsstrafverfahrens die Abholung anzuordnen, wenn bereits ersichtlich ist, daß das Ordnungsstrafverfahren nicht zum Ziele führen wird, oder wenn Gefahr im Verzug ist.

§ 84. OLG. Jena, RJA. **2** 63, ZBlFrG. **2** 45, KGJ. **22** D 12, R. **01** 350, ThürBl. **48** 278, Rausnitz, Komm. 42 zu § 84: Eine Verfügung des Nachlaßgerichts, welche die Einziehung des Erbscheins anordnet, kann mit der Beschwerde angefochten werden.

BayObLG. **2** 543: Wenn der erteilte Erbschein unrichtig ist, so kann mit der Beschwerde nur die Einziehung oder Kraftloserklärung, nicht aber die Ablehnung des Antrags auf Erteilung des Erbscheins begehrt werden.

Ebenda 472: Es kann auch nicht verlangt werden, daß die Erteilung des Erbscheins für ungerechtfertigt erklärt oder daß sein Inhalt geändert werde.

§ 86. KG., ZBlFrG. **4** 412, KGJ. **21** A 184, 236; **26** A 205, PosMschr. **03** 125; siehe auch OLG. **7** 210, Josef, Gruchots Beitr. **47** 341: Das FrGG. findet auf gerichtliche Auseinandersetzungen von Miterben, deren Erblasser vor dem 1. Januar 1900 verstorben ist, keine Anwendung. Anders Wolff, ZBlFrG. **3** 273.

BayObLG. **5** 1, R. **04** 143, SeuffA. **59** 253: Die Erfordernisse der Bevollmächtigung für das Auseinandersetzungsverfahren bestimmen sich ausschließlich nach § 13 FrGG.

Über den Unterschied zwischen „Beurkundung" und „Vermittelung" der Erbauseinandersetzung s. *Boschan, Nachlaßsachen II 236. Hiernach ist insbesondere dann von einer „Vermittelung" noch nicht zu sprechen, wenn die Beteiligten beabsichtigen, daß die Erbteilung unter der Leitung des Gerichts erfolgt und hiernach dem Gerichte die Vorbereitung der Erbteilung und die Ausarbeitung des Teilungsplans obliegt.

Ein ausführliches Beispiel der Vermittelung einer Erbauseinandersetzung s. ebenda 333.

Carlebach, BadNotZ. **03** 158: Während das Prozeßgericht unbedingt die für seinen Staat gegebenen Gesetze anwenden muß, ist im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insbesondere bei Aufstellung des Teilungsplans im Auseinandersetzungsverfahren, auch die Rechtslage zu berücksichtigen, die durch das Urteil des einem anderen Staate angehörenden Prozeßgerichts geschaffen werden kann. Denn dem Nachlaßgericht liegt die Fürsorge für die Beteiligten ob und diese Fürsorge darf sich nicht formalistisch auf den Gesichtskreis beschränken, der aus der beamtenrechtlichen Zugehörigkeit des Nachlaßgerichts zu seinem Bundesstaat gewonnen wird.

Anders Josef, BadNotZ. **04** 146: Wenn die Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit über Rechte der Beteiligten Entscheidung zu treffen hat, so sind für sie — gleichgültig, ob es sich um sogen. Statutenkollision oder um Rechtsfragen anderer Art handelt — genau dieselben Rechtssätze maßgebend, die für das Prozeßgericht des eigenen Landes gelten, und demgemäß kann das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, z. B. bei Ausstellung des Erbscheins oder Aufstellung des Teilungsplans einem Beteiligten niemals mehr Rechte zuweisen, als er von dem Prozeßgerichte des Staats, dem das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehört, erreichen könnte. Denn alle sogen. Kollisionsnormen beanspruchen nicht bloß für das Prozeßgericht, sondern auch für sämtliche anderen Gerichte Gültigkeit. Ebenso hat auch das Vormundschaftsgericht, dem die Genehmigung der Auseinandersetzung obliegt, darauf zu achten, ob dem Mündel mindestens die Rechte zugewiesen sind, die ihm nach den Gesetzen des Staates zustehen, dem das Vormundschaftsgericht angehört.

KG., KGJ. **24** A 189, OLG. **6** 484, DNotVZ. **3** 406, RheinARV. **03** 28: Das Auseinandersetzungsverfahren kann gegen den ausdrücklichen Widerspruch eines Beteiligten nicht fortgesetzt werden. Hat ein Beteiligter schon dem Antrage auf Auseinandersetzung widersprochen, so kann das Nachlaßgericht die Einleitung des Verfahrens von dem Nachweise abhängig machen, daß die Gründe des Widerspruchs im Prozeßwege beseitigt sind.

Dagegen Weißler, DNotVZ. **3** 406.

Josef, DNotV. **4** 128 ff.: Ein vor Einleitung des Verfahrens, oder nach dieser außerhalb des Verhandlungstermins erhobener Widerspruch gegen die Einleitung oder Fortsetzung des Verfahrens, verpflichtet das Nachlaßgericht nicht zur Einstellung desselben.

*Boschan, Nachlaßsachen II 255, bekämpft die Ansicht von Josef (Lehrb. 319 und DNotVZ. **4** 128), wonach die Beteiligten verpflichtet seien, sich „der Einwirkung der gerichtlichen Vermittelungsversuche" zu unterwerfen, und daß deshalb auf einen vor dem Termine schriftlich erklärten Widerspruch nicht Rücksicht genommen werden dürfe. Aus dem Gesetze ergibt sich ein solcher „Einwirkungszwang" nicht. Die §§ 86 ff. bezwecken nicht, Widerstand zu brechen, sondern ein Verfahren zu schaffen, das den Beteiligten Gelegenheit gibt,

in einem Verhandlungstermine Streitpunkte gütlich zu ordnen, und welches das Gericht ermächtigt, das Schweigen der nicht erschienenen Beteiligten als Einverständnis zu deuten und festzustellen.

BayObLG., RJA. 4 14, ZBlFrG. 4 264, KGJ. 27 A 291, OLG. 8 327, R. 03 433, RheinARV. 03 184, R. 04 55, BayObLG. 4 500: Der Umstand, daß dem Nachlaßgericht oder dem mit der Vermittelung der Auseinandersetzung des Nachlasses beauftragten Notar bekannt ist, daß sich einige der Erben auf eine gütliche Auseinandersetzung nicht einlassen wollen, schließt die amtliche Vermittelung der Auseinandersetzung nicht aus. Dazu Weißler, DNotVZ 4 630.

Josef, ZBlFrG. 3 595: Nur ein im Verhandlungstermin erklärter Widerspruch gegen die Fortsetzung des Verfahrens verpflichtet das Nachlaßgericht zur Einstellung des Verfahrens; dagegen ist ein außerhalb des Termins erklärter Widerspruch nicht zu beachten, und es kann folglich auch nicht die Einleitung des Verfahrens dadurch gehindert werden, daß der Provokat noch vor dem Verhandlungstermin die Erbberechtigung des Provokanten dem Nachlaßgericht gegenüber schriftlich bestreitet.

LG. Neuwied, ZBlFrG. 2 484: Der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit, somit auch der Nachlaßrichter, darf nur auf Grund zweifellos feststehender Rechtsverhältnisse und Tatsachen tätig werden und nicht Entscheidungen treffen, die dem Prozeßrichter obliegen. Er darf also, wenn unstreitig eine formell richtig und rechtzeitig erklärte Ausschlagung vorliegt, nicht darüber entscheiden, ob die Ausschlagung unter Berücksichtigung von unter Beweis gestellten Tatsachen noch zulässig war.

Josef, DNotVZ. 4 134 ff.: Das Schweben des Konkurses über das Vermögen des Antragstellers, das Schweben des Nachlaßkonkurses oder der Nachlaßverwaltung hindert die gerichtliche Vermittelung der Auseinandersetzung.

OLG. Kolmar, ElsLothrJZ. 02 394, OLG. 4 430, ZBlFrG. 2 899, Puchelts Z. 33 487: Beim Bestehen einer Nachlaßverwaltung findet eine Vermittelung der Auseinandersetzung unter den Erben dann nicht statt, wenn der Antrag auf Vermittelung den Versuch einer unnützen, mit nutzlosen Kosten verbundenen Häufung des Vermittelungsverfahrens auf das Nachlaßverwaltungsverfahren darstellt und nach Lage des letzteren Verfahrens nicht einmal für vorbereitende Maßregeln im Vermittelungsverfahren Raum wäre.

Dagegen Weißler, DNotVZ. 3 407.

KG., KGJ. 27 A 159: Beantragt der überlebende Ehegatte, der eine neue Ehe eingehen will, die Auseinandersetzung mit seinen minderjährigen Kindern in die Wege zu leiten, so ist dieser Antrag, sofern nicht das Gegenteil klar ersichtlich ist, nicht als ein solcher auf Einleitung des gerichtlichen Auseinandersetzungsverfahrens gemäß §§ 86 ff., sondern als ein Gesuch um Beurkundung des Auseinandersetzungsvertrags durch dasjenige Gericht anzusehen, welches für die Bestellung des Pflegers zur Vertretung der Kinder bei der Auseinandersetzung zuständig ist.

Josef, ZBlFrG. 3 591: Beantragt der Pfändungsgläubiger an Stelle des schuldnerischen Erben die Auseinandersetzung und findet das Nachlaßgericht, daß der Schuldner frist- und formgemäß die Erbschaft ausgeschlagen hat, behauptet aber der Gläubiger, daß diese Ausschlagung unwirksam sei, weil der Schuldner bereits vor der Ausschlagung die Erbschaft angenommen habe, so ist der Antragsteller verpflichtet, ein (freiwillig abgegebenes oder durch Urteil ersetztes) Anerkenntnis der Miterben, die an Stelle des Ausschlagenden berufen sind, beizubringen, daß die Ausschlagung unwirksam sei. Denn die an sich durch den Pfändungsbeschluß geführte Legitimation des Gläubigers ist durch die Tatsache der fristmäßigen Ausschlagung wieder beseitigt und es ist Sache des Antrag-

stellers, selbsttätig dem Nachlaßgericht seine Antragsberechtigung nachzuweisen. Es steht aber auch nichts im Wege, daß das Nachlaßgericht seinerseits die Wirksamkeit der Ausschlagung untersucht und, wenn es sie verneint, den Verhandlungstermin auf Antrag des Pfändungsgläubigers anberaumt.

Josef, ZBlFrG. 4 242: Ist der Anteil eines Erben gepfändet und setzen die Miterben sich ohne Zuziehung des Pfändungsgläubigers auseinander, so ist diese Auseinandersetzung, selbst wenn sie vom Nachlaßgericht bestätigt ist, unverbindlich. Der Pfändungsgläubiger kann — ganz wie ein übergangener Miterbe — vom Nachlaßgericht verlangen, daß es nochmals die Auseinandersetzung vermittle; denn durch die ohne seine Zuziehung, also zu Unrecht erfolgte Auseinandersetzung, ist sein Antragsrecht nicht berührt. Gleichgültig für letzteres ist auch, ob für den schuldnerischen Erben ein Anteil herauskommt oder nicht.

BayObLG. 5 1, R. 04 143: Die Vermittelung der Auseinandersetzung beschränkt sich nicht auf die Begründung von Verbindlichkeiten zur Bewirkung von Rechtsänderungen, durch welche die Auseinandersetzung geschehen soll, sondern erstreckt sich auf die Bewirkung der Auseinandersetzung selbst, soweit dazu Erklärungen erforderlich sind, die vor dem Gericht oder dem nach landesgesetzlicher Vorschrift an dessen Stelle tretenden Notar rechtswirksam abgegeben werden können. Haben die erschienenen Beteiligten einen Eigentumsübertragungsvertrag in bezug auf ein Nachlaßgrundstück vereinbart, so erstreckt sich die Folge der Versäumnis der nicht Erschienenen auch auf die Eigentumsübertragung.

BayObLG. 3 1048: Die Verwaltung des Nachlasses geht nicht auf das Nachlaßgericht über. Dasselbe ist nicht berufen, die Befriedigung der Nachlaßgläubiger selbst in die Hand zu nehmen, zu diesem Zwecke Nachlaßforderungen einzuziehen und sich in das Rechtsverhältnis einzumischen, das zwischen einem Gläubiger, dem eine Nachlaßforderung verpfändet ist, und dem Drittschuldner besteht. Erachtet ein Erbe zur Abwendung einer Gefährdung des Nachlasses es für geboten, den Pfandgläubiger an der Einziehung der ihm verpfändeten Nachlaßforderung zu hindern, so kann er bei dem zuständigen Gericht eine einstweilige Verfügung erwirken, dem Nachlaßgericht steht es aber nicht zu, eine Anordnung zu erlassen, die wie eine einstweilige Verfügung wirken soll.

*Boschan, Nachlaßsachen II 263: „Beteiligt" sind an erster Stelle diejenigen, welche, wenn sie die Vermittelung der Auseinandersetzung nachsuchen, als Antragsteller zuzulassen sind (§ 86 Abs. 2), an zweiter Stelle diejenigen, deren Zustimmung zu der Erklärung nach den Grundsätzen des materiellen Rechtes den anderen Beteiligten gegenüber erklärt werden kann und muß.

Wer darf die Vermittelung der Auseinandersetzung beantragen? Vgl. hierüber ausführlich Boschan, Nachlaßsachen II 258.

BayObLG. 4 493: Zu den Beteiligten gehören nicht die Bedachten, die nur Vermächtnisnehmer sind.

Marcus, ZBlFrG. 3 699 ff. Bemerkungen zur Beurkundung und Durchführung gerichtlicher Erbteilungen in Preußen: Wenn der Vormundschaftsrichter und Nachlaßrichter nicht zugleich Grundbuchrichter ist, kann den Beteiligten die Wahrnehmung eines besonderen Auflassungstermins dadurch erspart werden, daß dem Erwerber des Grundstücks die sämtlichen Anteile am Nachlasse abgetreten werden.

OLG. 6 486 (Colmar), ElsLothrJZ. 03 503: Ist das Teilungsverfahren vollständig abgeschlossen, so kann, weil Sachen angeblich verschwiegen sind, nicht ein neues Verfahren eingeleitet, sondern nur das alte im Prozeßweg angefochten werden.

Ähnlich LG. Freiburg, BadNotZ. 04 27. Dagegen Weißler, DNotV. Z. 3 407.

Josef, DNotV3. 4 121 ff., kommt zu folgendem Ergebnis: Sind bei einer gerichtlichen Auseinandersetzung einzelne Stücke unverteilt geblieben, sei es weil die Erben über ihre Zugehörigkeit zum Nachlaß im Irrtum waren oder weil sie sie absichtlich von der Auseinandersetzung ausschlossen, so findet zum Zwecke der nachträglichen Verteilung nicht ein nochmaliges gerichtliches Auseinandersetzungsverfahren statt, sondern nur die Sachteilung aus §§ 752 ff. BGB. Nur wenn das Hervortreten der ungeteilt gebliebenen Nachlaßstücke die Folge hat, daß als Gegenstand der erfolgten Auseinandersetzung nicht mehr der Nachlaß in seiner Gesamtheit gelten kann, so ist eine nochmalige Vermittelung der Auseinandersetzung zulässig.

Josef, R. 03 514: Wenn bei der Ladung eines Erben die Vorschriften des § 90 (Zustellung mit zweiwöchiger Frist) nicht beachtet worden sind, kann der Erbe hierauf die Beschwerde gegen den Bestätigungsbeschluß nur gründen, wenn er im Termin ausgeblieben ist. Die Nichtbeachtung der Vorschrift des § 87 über den Inhalt des Auseinandersetzungsvertrags ist überhaupt gleichgültig.

§ 87. KG., RJA. 3 10, ZBlFrG. 2 770, KGJ. 23 A 197, R. 02 176, FrankfRundsch. 02 8: Das Nachlaßgericht ist nicht berechtigt, die zur Durchführung des Auseinandersetzungsverfahrens erforderlichen Unterlagen auf Antrag eines Beteiligten wider Willen der übrigen Beteiligten zwangsweise zu beschaffen. Einen in dieser Hinsicht entstehenden Streit hat der Prozeßrichter zu entscheiden.

Josef, ZBlFrG. 5 170: Wenn das Nachlaßgericht auf einen unvollständigen Antrag den Termin anberaumt, so steht hiergegen den geladenen Erben die Beschwerde nicht zu. Denn durch eine Sollvorschrift dieser Art ist zwar dem Gericht ein bestimmtes Verfahren vorgeschrieben, ohne daß aber den Beteiligten ein Recht auf Einhaltung der Vorschrift zusteht.

*Boschan, Nachlaßsachen II 263: Neben der Angabe- und Beweispflicht des Antragstellers läuft die Amtspflicht des Nachlaßgerichts zur Anstellung der erforderlichen Ermittelungen gemäß § 12 FrGG. selbständig einher, doch greift diese erst Platz, wenn der Antragsteller seine Angaben derart vollständig gemacht hat, daß nunmehr Raum ist, das zur Nachprüfung der Richtigkeit oder zur Ergänzung der Angaben Erforderliche herbeizuschaffen. Immerhin wird aber gerade bei der Erbauseinandersetzung das Nachlaßgericht, da es vermitteln soll, seine unterstützende Mitwirkung im weitesten Umfange gewähren.

§ 88. *Boschan, Nachlaßsachen II 266: Die Pflegschaft erreicht spätestens mit der Bestätigung der Auseinandersetzung kraft Gesetzes ihr Ende (BGB. § 1918 Abs. 3), während in den Fällen des § 1921 BGB. die Pflegschaft aufzuheben ist. Der Pfleger ist daher nicht befugt, das für den Abwesenden ausgemittelte Vermögen in Empfang zu nehmen und weiter zu verwalten, vielmehr haben nötigenfalls die Miterben die Vermögensmasse zu hinterlegen (BGB. § 372) oder dem inzwischen durch das Vormundschaftsgericht bestellten Abwesenheitspfleger auszuhändigen.

*Boschan a. a. O. 266: Die Abwesenheitspflegschaft kann auch über einen Ausländer eingeleitet werden.

Bad. Justizminister, BadRpr. 00 86: Die Befugnis des Notariats als Nachlaßgericht zur Bestellung eines Pflegers für einen Abwesenden beschränkt sich auf das Auseinandersetzungsverfahren. Bevor ein Antrag auf Vermittelung der Auseinandersetzung gestellt ist, greift jene Befugnis nicht Platz. Insbesondere ist das Notariat nicht berufen, einen Abwesenheitspfleger zum Zwecke der Vertretung der Interessen des Abwesenden bei der Anfertigung des Nachlaßverzeichnisses zu bestellen. Ergibt sich hierbei das Bedürfnis einer Fürsorge, so hat das Vormundschaftsgericht einzugreifen. Vgl. LG. Karlsruhe ebenda 124, Freiburg ebenda 96.

§ 89. 1. *Boschan, Nachlaßsachen II 267: Der § 89 Satz 1 setzt einen Termin voraus, zu dem die Beteiligten unter Beurkundung der Bekanntmachung der Ladung (§ 16 Abs. 2 und 3 FrGG.) und unter Einhaltung einer bestimmten Ladungsfrist zu laden sind, wobei schon an die Nichtbeobachtung der Ladung gewisse Versäumnisfolgen sich knüpfen können und wobei ferner auch das sachliche Ergebnis des Verhandlungstermins insofern eine weiterreichende Bedeutung hat, als es auch für die Nichterschienenen nach vorgängiger Androhung bindend werden kann. Es steht indessen nichts im Wege, daß das Gericht, ehe es einen derartigen förmlichen Verhandlungstermin ansetzt, auf einen dahin gestellten Antrag zunächst ohne Förmlichkeiten und durch einfache Benachrichtigung zu einem Termine ladet, dessen Nichtbeachtung für sie keine Versäumnisfolgen hat, dessen Abhaltung aber dazu dienen kann, zunächst eine Aussprache der Beteiligten herbeizuführen und unter Umständen sofort eine Einigung unter ihnen zu erzielen. Die Anberaumung eines solchen „Vortermins" wird häufig am Platze sein, wenn die Beteiligten sämtlich in der Nähe des Gerichts wohnen und voraussichtlich sämtlich erscheinen werden, wie dies erfahrungsmäßig meistens der Fall ist.

2. SächsOLG. **23** 479: Das Nachlaßgericht kann aus Zweckmäßigkeitsgründen auch ein anderes Gericht um Abhaltung des Termins ersuchen.

§ 90. Josef, ZBlFrG. **5** 169: Beraumt das Gericht den Auseinandersetzungstermin mit geringerer als der zweiwöchigen Frist an, so findet die materielle Beschwerde statt; beeinträchtigt ist das Recht des Erben, mit gesetzlicher Frist geladen zu werden.

§ 91. BayObLG., ZBlFrG. **4** 264, SeuffA. **58** 483, BayObLG. **4** 500: Ein Widerspruch, den ein Beteiligter außerhalb des in den Verhandlungsterminen verlaufenden Verfahrens mündlich oder schriftlich dem Vermittelungsbeamten kundgibt, ist wirkungslos und hindert nicht, daß er als einverstanden angesehen wird. Ein einmal im Verhandlungstermin erhobener Widerspruch bleibt so lange wirksam, bis er im Wege gütlicher Verständigung zurückgezogen wird; es darf nicht ohne weiteres beim Ausbleiben des Widersprechenden in einem späteren Termine sein Einverständnis mit dem Vorschlag angenommen werden, dem er widersprochen hat.

*Boschan, Nachlaßsachen II 321: Das Versäumnisverfahren greift nur gegen den vermutlich Zustimmenden, also dann nicht Platz, wenn ein Beteiligter vor dem Termine gegen das Verfahren Einspruch erhoben oder von vornherein jede Einigung abgelehnt oder sich vor dem Termin, um seine Nichtzustimmung zum Ausdrucke zu bringen, entfernt hat. Konnte er dagegen z. B. nur dringender Geschäfte wegen der Verhandlung nicht bis zum Schlusse beiwohnen, hatte er aber im übrigen der Zulässigkeit des Verfahrens nicht widersprochen, so liegt kein Grund vor, gegen ihn nicht nach Maßgabe des § 91 Abs. 3 zu verfahren.

Josef, ZBlFrG. **5** 171: Bestimmt das Gericht dem ausgebliebenen Erben eine Frist zum Antrag auf Anberaumung eines neuen Termins, so steht dem Erben hiergegen die Beschwerde zu, sei es, daß das Gericht ihn zu Unrecht als ausgeblieben erachtet hat, oder weil die gestellte Frist zu kurz war.

*Boschan, Nachlaßsachen II 274: Es empfiehlt sich, auch bei der Beurkundung vorbereitender Maßregeln die Vereinbarung derart zu fassen, daß aus ihr die Zwangsvollstreckung stattfinden kann, z. B. in der Weise, daß die Erben, wenn sie die Abschätzung und die hierzu erforderliche Besichtigung des Nachlaßgrundstücks beschließen, zugleich sich verpflichten, den Taxatoren das Betreten des Grundstücks zu gestatten. In diesem Falle kann gegen den Zuwiderhandelnden gemäß § 890 ZPO. vorgegangen werden (FrGG. § 98).

Über das Verfahren in dem neuen Termine s. Boschan, Nachlaßsachen II 324.

§ 92. BayObLG. 2 330: Als unverschuldeter Verhinderungsgrund kann auch Geistesschwäche in Betracht kommen, welche den Beteiligten außer Stand setzt, die Bedeutung der ihm zugestellten Schriftstücke zu verstehen.

§ 93. *Boschan, Nachlaßsachen II 275: Bei vorliegender Überschuldung des Nachlasses ist die Anfertigung eines Teilungsplans abzulehnen, da ein solcher, wenn er eine konkursmäßige Befriedigung der Nachlaßgläubiger oder die Bevorzugung einzelner vorsähe, offenbar ungültig wäre. (Art. 40 Abs. 2 PrFrGG.).

OLG. Jena, KGJ. **21** D 10, RJA. **1** 182, OLG. **2** 36, SeuffA. **56** 382, R. **01** 96, SchlHolstAnz. **01** 27, ThürBl. **48** 422, ZBlFrG. **1** 729: Wenn das Erbrecht des Antragstellers seitens eines Beteiligten schon im voraus bestritten wird, so ist die Einleitung des Erbauseinandersetzungsverfahrens unzulässig.

A. M. Josef, DNotVZ. **4** 128 ff.: Ein vor Einleitung des Verfahrens oder nach dieser außerhalb des Verhandlungstermins erhobener Widerspruch gegen die Einleitung oder Fortsetzung des Verfahrens, mag er die Erbberechtigung oder das Antragsrecht oder das Vorhandensein einer Teilungsmasse zum Gegenstand haben, verpflichtet das Nachlaßgericht nicht zur Einstellung des Verfahrens.

Josef, Gruchots Beitr. **49** 33, 43: Ist der Widerspruch eines Beteiligten gegen die Auseinandersetzung bereits rechtskräftig durch Urteil zurückgewiesen, so läßt das Gericht diesen Widerspruch, auch wenn der Beteiligte trotz des ergangenen Urteils dabei verbleibt, unbeachtet und stellt, wenn sonstige Streitpunkte nicht entgegenstehen, den Teilungsplan auf. Es ist Pflicht des Nachlaßrichters, zu Protokoll festzustellen, unter welchen Beteiligten Streitigkeiten bestehen und welche Stellung die bei ihnen nicht unmittelbar Beteiligten zu den Streitpunkten einnehmen.

OLG. Darmstadt, ZBlFrG. **4** 343: Entsteht in dem Nachlaßteilungsverfahren, sei es bei den vorbereitenden Verhandlungen, sei es im Laufe des sonstigen Verfahrens, unter den Teilungsinteressenten Streit über den Umfang oder die Art und Weise der Teilung, so ist für die Tätigkeit des Teilungsrichters in diesem Verfahren kein Raum mehr; es bleibt dann nichts übrig als der Prozeßweg.

§ 96. 1. *Boschan, Nachlaßsachen II 329: Als Verletzung von Verfahrensvorschriften (im weiteren Sinne) kann auch gerügt werden, daß die erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht erteilt sei. Auch einem zu Unrecht nicht zugezogenen Beteiligten steht das Beschwerderecht zu, da die Wirksamkeit der sofortigen Beschwerde nicht von der vorgängigen Zustellung an ihn abhängt (FGG. § 22).

2. *Boschan, Nachlaßsachen II 324: Auch gegen den Beschluß, der den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ablehnt, findet die sofortige Beschwerde statt.

§ 97. 1. *Boschan, Nachlaßsachen II 326: Liegt eine vertragsmäßige Vereinbarung oder eine Auseinandersetzung vor, so sind die Beteiligten auch ohne die Bestätigung gebunden und die Erteilung einer Ausfertigung der Verhandlung darf nicht von der Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses abhängig gemacht werden. Ebensowenig darf der Grundbuchrichter den Nachweis der rechtskräftigen Bestätigung fordern, wenn die vorgelegte Ausfertigung ergibt, daß in ihr eine zwar der Bestätigung fähige, aber tatsächlich nicht bestätigte vertragsmäßige Vereinbarung oder Auseinandersetzung enthalten ist. Unter der angegebenen Voraussetzung können auch die Beteiligten auf die Bestätigung des Nachlaßgerichts verzichten.

Ebenda 327/28: Die Bestätigung hat — ähnlich wie bei der Annahme an Kindesstatt (BGB. § 1741) — die Bedeutung einer Bescheinigung, daß die Vorschriften über das Verfahren beobachtet worden sind. Der Bestätigungsbeschluß ersetzt oder ergänzt nicht die unterbliebene Erklärung eines Beteiligten, wenn dessen Einverständnis im Versäumnisverfahren angenommen worden ist, sondern stellt nur mittelbar fest, daß die Voraussetzungen der Versäumnis vorhanden sind, und hat in diesem Falle allerdings insofern auch rechtsgeschäftliche Bedeutung, als erst mit seiner Rechtskraft die Auseinandersetzung gleich einer vertragsmäßigen für die Beteiligten verbindlich wird. Ebensowenig ersetzt der Bestätigungsbeschluß den Nachweis, daß die sonst noch zur Wirksamkeit der Erbauseinandersetzung erforderliche Genehmigung, z. B. des Beistandes oder des Vormundschaftsgerichts erteilt ist.

2. Aus der Praxis:

a) Abs. 1. BayObLG. **5** 472, R. **04** 556: Die gerichtliche Bestätigung der vor dem Nachlaßgericht erfolgten Auseinandersetzung hindert die Beteiligten nicht, die getroffene Vereinbarung nachträglich auch ohne Vermittelung des Gerichts und in formloser Weise wieder aufzuheben oder ihren Inhalt zu ändern.

LG. Karlsruhe, BadRpr. **00** 160: Das Vormundschaftsgericht darf die Auseinandersetzung nicht bestätigen, ohne daß zu jedem einzelnen genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfte die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erteilt ist, und es hat daher auch von Amts wegen zu prüfen, ob und für welche einzelnen Rechtsgeschäfte diese Genehmigung erforderlich ist.

b) Abs. 2. OLG. **5** 288, ElsLothrJZ. **02** 486 (Colmar): Auf außergerichtliche Teilungsverträge ist Abs. 2 nicht anwendbar; es greifen lediglich die Bestimmungen über Verträge Platz.

LG. Leipzig, ZBlFrG. **3** 127: Das Nachlaßgericht ist zur Erteilung vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung gemäß Abs. 2 nur dann zuständig, wenn es sich um ein förmliches Auseinandersetzungsverfahren (im Gegensatz zur bloßen Beurkundung) handelt und ein inländisches Vormundschaftsgericht überhaupt nicht vorhanden ist.

LG. Colmar, ZBlFrG. **2** 14, R. **01** 358, ElsLothrNotZ. **01** 314, 456: Die Zuständigkeit des Nachlaßgerichts für die Genehmigung, deren ein Beteiligter im Nachlaßteilungsverfahren zu einer Vereinbarung oder Auseinandersetzung bedarf, ist auch dann gegeben, wenn der Beteiligte ein Ausländer ist.

§ 98. 1. *Boschan, Nachlaßsachen II 331: Auszufertigen sind in entsprechender Anwendung des § 724 ZPO. die Verhandlungen, in denen die Vereinbarung oder die Auseinandersetzung enthalten ist, dagegen ist nicht vorgeschrieben, daß der Vollstreckungsklausel auch die (mit dem Zeugnisse der Rechtskraft versehene) Ausfertigung des Bestätigungsbeschlusses beizufügen wäre, wie ja auch bei Urteilen das Rechtskraftzeugnis nicht mit ausgefertigt wird.

2. Schultze-Görlitz, BuschsZ. **30** 489: Das Nachlaß- bzw. Auseinandersetzungsgericht ist in Preußen auch zuständig für die Auflassung eines zur Teilungsmasse gehörigen Grundstücks an einen der Mitbeteiligten.

Sechster Abschnitt. Schiffspfandrecht.

§ 100. KG., KGJ. **20** A 125: Hat das Gericht durch eine Zwischenverfügung im Sinne des § 100 FGG. dem Antragsteller Beseitigung der einem Eintragungsantrage entgegenstehenden Hindernisse aufgegeben, so ist der Antragsteller, der die erhobenen Bedenken für unbegründet erachtet, berechtigt, sogleich Beschwerde gegen die Zwischenverfügung anzutragen. Rausnitz Anm. 11 b zu § 200.

Ebenda 20 A 275: Die Setzung der Frist kann vom Schiffsregisterrichter und im Beschwerdewege abgeändert werden, auch wenn die ursprüngliche Frist verstrichen ist.

Ebenda 24 A 83: Auch wenn die Eintragung direkt abgelehnt und keine Frist gesetzt ist, kann wegen Unterlassung der Fristsetzung Beschwerde erhoben werden.

Ebenda 23 A 115: Derjenige, dessen Recht von einer Eintragung betroffen wird, ist lediglich der durch die Eintragung von seinen Rechten verlierende Teil, der sogenannte Passivbeteiligte.

§ 107. 1. KG., KGJ. 20 A 179: Zeugnisse aus dem Handelsregister über die Vertretungsmacht dürfen nicht deshalb schlechthin beanstandet werden, weil sie älter sind, als die von den Beteiligten abgegebenen Erklärungen, vielmehr ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles darüber zu befinden, ob die Vertretungsmacht für die Zeit der Abgabe der Erklärung als dargetan zu erachten ist.

KG., KGJ. 20 A 285: An Stelle der Urschrift der Zeugnisse können in der Regel beglaubigte Abschriften vorgelegt werden.

2. KG. 20 A 289: Eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift einer letztwilligen Verfügung braucht nicht beigebracht zu werden, wenn sich die Verfügung bereits bei den Akten des Amtsgerichts befindet.

KG., KGJ. 24 A 88: Gegen eine Verfügung des Registerrichters, auf die er trotz des Vorhandenseins eines Testaments einen Erbschein fordert, weil das Erbrecht nicht nachgewiesen sei, ist Beschwerde zulässig.

3. KG., KGJ. 24 A 95: Der Nachweis der Befugnis zur Vertretung einer offenen Handelsgesellschaft kann auch durch die beglaubigte Abschrift des die Gesellschaft betreffenden Inhalts des Handelsregisters geführt werden.

4. Goslich, ZBlFrG. 3 91 ff.: Der Schiffsregisterrichter kann, wenn ihm das Protokoll über die Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen vorgelegt wird, sich auf die Prüfung des materiellen Inhalts der Verfügung beschränken. Das Eröffnungsprotokoll ergibt, daß die Verfügung auf ihre Formgültigkeit hin schon geprüft ist.

§ 119. KG., KGJ. 20 A 217: Eine Beschwerde gegen die Eintragung oder Löschung ist unzulässig.

§ 124. KG., KGJ. 23 A 133: Die Anordnung des Beschwerdegerichts, daß ein Widerspruch einzutragen sei, kann nur so lange mit der weiteren Beschwerde erfolgreich angefochten werden, als nicht die Eintragung wirksam erfolgt ist.

Siebenter Abschnitt. Handelssachen.

Literatur: Cohn, Das Handels- und Genossenschaftsregister sowie das Verfahren in Vereins-, Muster- und Güterrechtsregistersachen, (2) Berlin 1901. — Kurtz, Das gerichtliche Registerwesen, Berlin 1901. — Thiele, Formularbuch in Handelsregistersachen, Hannover 1901.

Vor § 125. Josef, ZBlFrG. 2 321, führt aus, daß sich in Registersachen ein fester Begriff der „Partei" nicht aufstellen lasse.

§ 125. 1. LG. I Berlin, R. 01 47: Der Registerrichter hat seine Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen, die Bestimmungen des Musterschutzgesetzes vom 11. 1. 76 ändern hieran nichts.

2. Ehlers, DJZ. 3 520: Für die Führung des Handelsregisters ist nicht eine bestimmte Abteilung des Amtsgerichts, sondern „das Amtsgericht" zuständig. Da die verschiedenen Abteilungen des Amtsgerichts ein und dasselbe Gericht bilden, muß jeder Richter sich mit der Bezugnahme auf die von dem anderen Richter

geführten öffentlichen Bücher und Register begnügen und kann nicht die Beibringung besonderer Zeugnisse aus den von dem anderen Richter geführten Akten verlangen.

§ 126. 1. Abs. 1. a) **RG.** RJA. **4** 207: Voraussetzung für das Beschwerderecht der Organe des Handelsstandes ist immer, daß die Verfügung des Registergerichts eine Entscheidung über einen von ihnen gestellten Antrag enthält. Sie haben daher in einem ohne ihren Antrag eingeleiteten Ordnungsstrafverfahren kein Beschwerderecht.

b) KG., KGJ. **21** A 245, RJA. **2** 17, R. **01** 173, ZBlFrG. **1** 809: Eine Zwangsinnung von Handwerkern gehört nicht zu den Organen des Handelsstandes und hat daher nicht die diesen zugewiesenen Befugnisse.

2. Abs. 2. Mumm, R. **04** 218: In Sachsen sind neben den Handels- und Gewerbekammerausschüssen auch die Handelskammern und Gewerbekammern befugt, Anträge auf Eintragung, Löschung oder Abänderung von Firmen zu stellen.

§ 127. 1. Josef, DNotVZ. **4** 333 ff.: Auch die rechtliche oder tatsächliche Schwierigkeit der Entscheidung eines streitigen Rechtsverhältnisses berechtigt das Registergericht, die Verfügung bis zur Entscheidung des Prozeßgerichts auszusetzen, also die selbständige Entscheidung des streitigen Rechtsverhältnisses abzulehnen. Erfolgt eine Entscheidung des Prozeßgerichts nicht, so hat das Registergericht das durchzuführende Recht als nicht vorhanden anzusehen. Nur wo dem Registergerichte obliegt, das streitige Rechtsverhältnis von Amts wegen festzustellen, hat es über dieses, wenn die Entscheidung des Prozeßgerichts nicht ergeht, nunmehr selbständig zu entscheiden.

2. KG., KGJ. **21** A 240, GoldschmidtsZ. **51** 217: Wenn ein zur Eintragung angemeldeter Beschluß der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft im Prozeßwege als ungültig angefochten ist, so kann das Registergericht die Verfügung über die Eintragung nur mit der in der Entscheidung zu begründenden Erwägung aussetzen, daß nach dem Streitstoffe begründete Zweifel an der Gültigkeit des Beschlusses beständen und die alsbaldige Eintragung wesentliche Interessen verletzen könnte. Die Aussetzung ist überhaupt ausgeschlossen, wenn eine sofortige Entscheidung nötig ist, so bei Anmeldung des Ersatzes des alleinigen Vorstehers einer Aktiengesellschaft durch eine andere Person.

§ 128. LG. Hamburg, HansGerZ. **01** Beibl. 28: Bei Anmeldung zum Protokoll des Gerichtsschreibers ist die öffentliche Beglaubigung der Anmeldung durch denselben nur dann geboten, wenn es sich um den Gerichtsschreiber eines nicht zuständigen Gerichts handelt, welcher den Antrag aufnimmt, um ihn dem Gerichtsschreiber des zuständigen Registergerichts zu übermitteln.

KG., R. **01** 517: Die Eintragung der Miterben als solcher in das Handelsregister ist zulässig.

§ 129. 1. Marcus, KGBl. **00** 49 führt aus, daß prinzipiell ein Vollmachtsnachweis nicht gefordert werden kann, soweit die gesetzliche Ermächtigung des Notars reicht.

Schiffer, Gruchots Beitr. **46** 345 erörtert ausführlich das Antrags- und Beschwerderecht des Notars in Beziehung auf Eintragungen in öffentliche Bücher und Register.

2. KG., RJA. **1** 153, KGJ. **20** D 31, OLG. Hamburg, SeuffA. **56** 133, R. **00** 540, SchlHolstAnz. **01** 33, ThürBl. **48** 397, ZBlFrG. **1** 579: Der Notar gilt ferner auch als ermächtigt, gegen die den Eintragungsantrag abweisende Verfügung ohne Vorlegung einer besonderen Vollmacht Beschwerde einzulegen.

§ 131. KG., KGJ. **20** A 36: Die Eintragung der Firma bei dem Gerichte der Zweigniederlassung ist nicht von dem Nachweis vorgängiger Eintragung der Zweigniederlassung bei dem Gerichte der Hauptniederlassung abhängig.

§ 132. 1. Keidel, SeuffBl. **01** 480, 505, gibt eine Darstellung der Ordnungsstrafen in Handelssachen nach Reichsrecht und den bayerischen Ausführungsbestimmungen.

2. KG., RJA. **4** 28, ZBlFrG. **4** 539, KGJ. **27** A 56, OLG. **8** 242, R. **04** 86, 607: Das Registergericht ist verpflichtet, von Amts wegen die zur Feststellung des Sachverhalts erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten, wenn ein Organ des Handelsstandes beantragt, einen Gewerbetreibenden zur Anmeldung der Firma anzuhalten.

Vgl. hierzu Cohn, R. **03** 221: Die selbständige Ermittelungspflicht des Gerichts tritt erst dann ein, wenn es aus dem Antrage der Handelskammer ersieht, daß sein Einschreiten zulässig ist. Anträge an das Registergericht müssen daher in tatsächlicher Hinsicht derart begründet sein, daß der Registerrichter sich daraus ein Urteil bilden kann, ob Grund zum Einschreiten vorliegt. Denn das Einschreiten setzt voraus, daß der Registerrichter von dem sein Einschreiten rechtfertigenden „Sachverhalt" glaubhafte Kenntnis erhält.

3. OLG. **5** 274 (KG.): Die Verfügung muß genau der gesetzlichen Vorschrift angepaßt sein.

4. OLG. **1** 356 (KG.): Das Registergericht ist nicht befugt, unter Abstandnahme von dem Ordnungsstrafverfahren einen Gewerbetreibenden zur Eintragung seiner Firma anzuweisen.

5. OLG. **7** 342, KGBl. **03** 102 (KG.): Wegen fälschlicher Standesbezeichnung eines Kaufmanns im Handelsregister ist das Ordnungsstrafverfahren nicht zulässig.

6. OLG. Karlsruhe, R. **02** 436: Sobald dem Registerrichter der Verkauf eines Geschäfts mit Firma amtlich bekannt ist, hat er den Verkäufer zur Eintragung des Übergangs anzuhalten, selbst wenn sich der Käufer (der neue Inhaber der Firma) mit der Fortführung derselben Firma durch den Verkäufer einverstanden erklärt. Die Handelsregistereinrichtung ist, weil publici juris, der Parteidisposition entrückt.

7. Abs. 2. KG., RJA. **2** 127, ZBlFrG. **2** 218, KGJ. **22** A 8, OLG. **3** 311, R. **01** 432: Die Vorschrift des Abs. 2 ist dazu bestimmt, eine Teilung des Verfahrens dahin zu verhüten, daß zunächst im Instanzenzuge die grundsätzliche Frage zum Austrage gelangt, ob eine Verpflichtung des Beteiligten zur Befolgung der betreffenden gesetzlichen Norm besteht oder nicht, und daß erst, wenn dies rechtskräftig feststeht, die Bestrafung des Beteiligten wegen Nichtbefolgung dieser Norm erörtert wird. Es soll vielmehr in einem einheitlichen Verfahren über die gedachte Verpflichtung und die Bestrafung des Beteiligten verhandelt und entschieden werden. Der Beteiligte hat daher, bevor eine Entscheidung in der Sache selbst ergeht, kein Beschwerderecht.

KG., KGJ. **27** A 216, RJA. **4** 105: Wird gegen eine Verfügung des Registergerichts, durch die eine infolge Strafandrohung angemeldete Firma für nicht eintragungsfähig erklärt wird, „Einspruch" eingelegt, so ist der Rechtsbehelf als Beschwerde zu behandeln.

8. Über Ordnungsstrafen vgl. Isaac o. Ziff 1 zu § 33.

§ 133. KG., KGJ. **26** A 75: Gegen die Festsetzung der Strafe kann der Beteiligte unter Anerkennung seiner gesetzlichen Verpflichtung im Beschwerdewege geltend machen, daß ein Fall der Versäumnis nicht vorgelegen habe.

§ 134. OLG. **7** 346 (KG.): Die Einlegung der „Beschwerde" ist, wenn fristgemäß geschehen, als Einlegung des Einspruchs zu betrachten.

§ 135. KG., KGJ. **27** A 72, OLG. **8** 376, SeuffA. **59** 382: Die Festsetzung der Strafe hat gleichzeitig mit der Verwerfung des Einspruchs zu erfolgen. Ist sie unterblieben, so muß sie nachträglich getroffen werden.

KG., KGJ. 22 A 12, RJA. 2 172, OLG. 7 343: Hat das Amtsgericht die strafandrohende Verfügung infolge rechtzeitigen Einspruchs aufgehoben und erachtet das Landgericht auf Beschwerde der Handelskammer den Einspruch für unbegründet, so hat das Landgericht selbst den Einspruch zu verwerfen und über die Straffestsetzung zu entscheiden.

§ 139. 1. Josef, ZBlFrG. 5 171: Die sofortige Beschwerde gegen die Festsetzung der Strafe kann auch darauf gestützt werden, die Frist zur Befolgung der Anordnung sei so kurz bemessen gewesen, daß der Betroffene dieser nicht rechtzeitig habe nachkommen können.

2. OLG. Karlsruhe, BadRpr. 02 346: Gegenüber der sofortigen Beschwerde ist nicht zu prüfen, ob der Beschwerdeführer, wie er im Gegensatze zur Annahme des Registerrichters behauptet, die Anmeldungspflicht in ordnungsmäßiger Form (d. i. mit Zeichnung der Firma) erfüllt habe, sondern die Strafe ist, selbst wenn die gesetzliche Pflicht erfüllt wäre, unanfechtbar, wenn nur die formellen Voraussetzungen des Strafausspruchs (Strafandrohung, Zustellung, fruchtloser Fristablauf) gegeben sind.

3. Marcus, DJZ. 03 269: Wenn das Ordnungsstrafverfahren als solches gesetzlich unzulässig ist, so ist die einfache Beschwerde gegeben.

4. KG., R. 01 516, ZBlFrG. 2 379: Wenn das Landgericht unter Aufhebung des Beschlusses des Registergerichts, durch welchen die im Ordnungsstrafverfahren gemachte Auflage nach Verhandlung über den erhobenen Einspruch zurückgenommen worden ist, dem Registergericht aufgegeben hat, die Eintragung in das Handelsregister herbeizuführen, also sachlich über den Einspruch entschieden hat, so steht dem mit der Ordnungsstrafe Bedrohten hiergegen die weitere Beschwerde zu.

§ 140. 1. OLG. 6 338 (KG.): Der Registerrichter darf nur den Gebrauch der Firma verbieten, nicht auch ihre Änderung oder Löschung aufgeben.

2. *Keidel, SeuffBl. 01 508: Eine materielle Würdigung eines verspäteten Einspruchs gegen eine Strafandrohung wegen unbefugten Firmengebrauchs ist deswegen notwendig, weil das Gericht durch denselben Kenntnis erhält, daß der angeblich unbefugte Firmengebrauch fortgesetzt werden will, und sich deshalb schlüssig zu machen hat, ob es die Strafe festsetzen muß.

§ 141. LG. Berlin, R. 02 510: Erfolgt die Löschung der Firma einer Kommanditgesellschaft von Amts wegen, so gilt für die Kosten des Aktes auch der Kommanditist als Interessent und ist für jene der Staatskasse selbständig verantwortlich.

§ 142. 1. Abs. 1. a) OLG. 8 241, SeuffA. 59 255 (Hamburg): Geht ein Antrag auf Löschung ein, so muß das Gericht sachlich prüfen, ob die Eintragung unzulässig war.

b) LG. Leipzig, BuschsZ. 32 401: Das Löschungsverfahren ist nicht schon dann einzuleiten, wenn die Entscheidung, ob ein Verstoß vorliege, von der Beantwortung streitiger Auslegungsfragen abhängt, sondern erst bei Verstößen gegen klares Recht. Ähnlich Reichel, BuschsZ. 32 406.

c) OLG. Colmar, ElsLothNotZ. 04 93, OLG. 8 378, 383: Fehlt bei der Eintragung einer offenen Handelsgesellschaft in das Handelsregister die Voraussetzung, daß der Betrieb eines Handelsgeschäfts ernstlich bezweckt wird, so kann der Registerrichter die Eintragung ablehnen bzw. von Amts wegen die Löschung der Eintragung verfügen.

d) KG., RJA. 3 20, ZBlFrG. 2 777, OLG. 4 450, R. 02 177: Der Registerrichter der Zweigniederlassung ist verpflichtet, die Zulässigkeit einer Eintragung selbständig zu prüfen, auch wenn bei dem Gerichte der Hauptniederlassung die Eintragung bereits erfolgt ist; er hat gegebenenfalls bei diesem Gerichte zwecks

Gleichhaltung des Inhalts der beiden Register die Löschung der Eintragung anzuregen.

e) KG., R. **02** 531: Der Registerrichter hat die Eintragung einer erfolgten Erhöhung des Aktienkapitals ohne vorgängige Prüfung, ob die nach dem Inhalte der Anmeldung geleisteten Einzahlungen tatsächlich bewirkt sind, vorzunehmen. Die einmal erfolgte Eintragung der Erhöhung kann nicht wegen Nichtigkeit der Zeichnungsscheine gelöscht werden.

f) KG., RJA. **4** 162, KGJ. **27** A 232, R. **04** 416: Das Registergericht ist befugt, die den Gegenstand des Unternehmens einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung betreffende Eintragung, soweit sie mit dem Inhalte des Gesellschaftsvertrags im Widerspruch steht, von Amts wegen zu löschen. Der § 144 findet nur Anwendung, wenn eine Gesellschaft als nichtig gelöscht werden soll.

g) BayObLG. **5** 445, **3** 670: Wird der Antrag eines Dritten auf Löschung der Firma abgelehnt, so findet nicht die sofortige, sondern die einfache Beschwerde statt.

2. Abs. 3. OLG. **7** 211 (KG.): Abs. 3 findet keine Anwendung, wenn ein in seinen Rechten beeinträchtigter Dritter oder ein Organ des Handelsstandes die Löschung beantragt; daher hier einfache Beschwerde.

§ 144. 1. KG., RJA. **3** 16, ZBlFrG. **2** 774, KGJ. **23** A 100, OLG. **4** 254, R. **02** 177: Nur Mängel im urkundlichen Inhalte des Gesellschaftsvertrags bezüglich der gesetzlich besonders hervorgehobenen Punkte rechtfertigen eine Löschung von Amtswegen, nicht dagegen Mängel des Gründungsverfahrens, insbesondere auch nicht solche, die den Abschluß des Gesellschaftsvertrags betreffen. So kann z. B. eine Gesellschaft m. b. H. nicht deswegen gelöscht werden, weil eine im Gesellschaftsvertrage als Gesellschafter aufgeführte Person bei Abschluß dieses Vertrages durch eine andere Person vertreten war, die keine Vertretungsmacht hatte. Vgl. hierzu Staub, DJZ. **03** 336, Hachenburg ebenda 439.

2. Keßler, ZBlFrG. **5** 210: Eine Aktiengesellschaft, deren Firma im Handelsregister mit der Bezeichnung „Aktiengesellschaft" eingetragen ist, kann für nichtig erklärt werden, wenn im Gesellschaftsvertrage die Firma ohne diese Bezeichnung bestimmt ist.

§ 145. 1. RG. ZBlFrG. **2** 424, JW. **01** 754, OLG. **5** 202 (Dresden), Sächs. OLG. **23** 559: Zuständig für die Abberufung von Liquidatoren ist nur das Amtsgericht, nicht das Landgericht.

KG., RJA. **4** 144, R. **04** 413: Die Festsetzung der Vergütung, welche ein vom Gericht ernannter Liquidator einer offenen Handelsgesellschaft beansprucht, kann nur im Prozeßwege erfolgen; auch mit Übereinstimmung beider Parteien ist das Registergericht nicht befugt, die Vergütung im Beschlußverfahren festzusetzen.

KG., RJA. **3** 121, ZBlFrG. **3** 342, KGJ. **24** A 209, R. **02** 530: Das Amtsgericht hat als Handelsregistergericht auch die Ernennung und Abberufung von Liquidatoren der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit vorzunehmen. Für die Beschwerde ist die Kammer für Handelssachen zuständig.

2. KG., RJA. **3** 240, ZBlFrG. **4** 145, KGJ. **26** A 9, OLG. **7** 213, R. **03** 396: Das Amtsgericht ist auch zuständig für die Feststellung der Reparaturunfähigkeit oder Reparaturunwürdigkeit eines Schiffes gemäß § 873 HGB. Diese Feststellung gehört im Sinne des § 145 zu den nach § 530 Abs. 1 HGB. von dem Gerichte zu erledigenden Angelegenheiten. Gegen eine dem Antrage auf Feststellung stattgebende Verfügung findet daher gemäß § 146 Abs. 3 kein Rechtsmittel statt.

3. KG., RJA. **4** 208: Das Recht des stillen Gesellschafters auf Mitteilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen sowie auf Vorlegung der Bücher und

Papiere gemäß § 338 Abs. 3 HGB. kann nach Auflösung der Gesellschaft nicht mehr im Beschlußverfahren vor dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern nur im Prozeßwege geltend gemacht werden.

§ 146. Josef, R. **03** 515: Wenn das Amtsgericht die Anhörung des Gegenbeteiligten unterlassen hat, so hat das Beschwerdegericht diesen Mangel von Amts wegen zu berücksichtigen und die Anhörung zweckmäßig selbst zu bewirken.

Vgl. § 145.

§ 147. 1. OLG. Rostock, RJA. **4** 214, MecklZ. **21** 38: Die Löschung eines Generalversammlungsbeschlusses ist nicht schon deshalb zulässig, weil derselbe unter Verletzung der Vorschriften über die Abstimmung zustande gekommen ist.

2. KG., KGJ. **27** A 67: Ist das Ausscheiden eines Mitglieds in die Liste der Genossen eingetragen, so wird die Löschung dieser Eintragung nicht schon durch die Unzulänglichkeit der zum Zwecke der Eintragung vom Genossenschaftsvorstand überreichten urkundlichen Belege, sondern nur dadurch gerechtfertigt, daß die eingetragene Tatsache des Ausgeschiedenseins unrichtig ist.

§ 149. Josef, DNotVZ. **4** 341 ff.: Für die Verrichtungen betreffs der Dispache ist nur das Gericht des Bestimmungshafens bzw. des Endes der Reise zuständig, nicht ein anderes Gericht, an dessen Sitz die Verteilung der Havereischäden tatsächlich auf Grund der Vereinbarung der Beteiligten erfolgt.

LG. Bremen, ZBlFrG. **3** 292: Zuständig ist das Amtsgericht des Ortes, an welchem die Verteilung der Havereischäden nach Gesetz bzw. nach der Vereinbarung der Parteien zu erfolgen hat.

§ 150. OLG. Hamburg, RJA. **1** 62, KGJ. **20** D 3, OLG. **1** 162, R. **00** 331, ThürBl. **48** 165, ZBlFrG. **1** 180: Das Beschwerdeverfahren hat keinen weiteren Zweck und keine weitere Bedeutung, als die Weigerung des Dispacheurs auf ihre Berechtigung zu prüfen und, wenn die Weigerung nicht begründet befunden wird, den Dispacheur zur Aufmachung der Dispache zu verpflichten, wenn sie dagegen für begründet erachtet wird, ihn vor dem Vorwurfe, daß er sich seiner Amtspflicht unberechtigterweise entzogen habe, sicherzustellen. Weiter reicht die bindende Kraft der im Beschwerdewege erlangten Entscheidung nicht; eine Rechtskraft für die von ihr berührten materiellen Streitfragen unter den Haveriegrosse-Interessenten kommt ihr nicht zu.

§ 156. 1. OLG. **3** 37 (Karlsruhe): Die Verlängerung der Frist ist dann nicht mehr möglich, wenn das Gesuch um Verlängerung erst nach Ablauf der Frist eingeht.

2. Josef, ZBlFrG. **5** 172: Lehnt das Gericht die beantragte Verlängerung der Frist zur Klagerhebung ab, so steht die Beschwerde dem Antragsteller, gewährt das Gericht die Frist, so steht die Beschwerde dem Gegenbeteiligten zu. Beeinträchtigt ist in beiden Fällen das Recht des Beschwerdeführers auf eine sachgemäße Entscheidung.

§ 157. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **01** 163: Die Einwendung, daß der Schiffer, auf dessen Antrag die Dispache aufgemacht worden ist, wegen des zwischen ihm und dem Beschwerdeführer bestehenden besonderen Vertragsverhältnisses aus einem bestimmten Ansatz in der Dispache keine Rechte gegen den Beschwerdeführer ableiten kann, kann nur mittels Widerspruchs gegen die Dispache und mittels Klage nach § 156 FGG., § 878 ZPO. verfolgt werden; eine nachträgliche Geltendmachung im Beschwerdeweg ist ausgeschlossen.

Achter Abschnitt. Vereinssachen. Güterrechtsregister.

Literatur: Cohn, Das Handels- und Genossenschaftsregister sowie das Verfahren in Vereins-, Muster- und Güterrechtsregistersachen (2), Berlin 1901. — Kurtz, Das gerichtliche Registerwesen, Berlin 1901.

§ 159. 1. KG., ZBlFrG. **5** 141: Gegen die Zulassung der Anmeldung eines Vereins zur Eintragung ins Vereinsregister ist neben der Erhebung des Einspruchs gegen die Eintragung die Beschwerde gegen die Zulassung der Anmeldung statthaft. Zu einer solchen Beschwerde ist, wenn es sich um einen Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit handelt, dessen Geschäftsbetrieb sich auf das preußische Staatsgebiet beschränkt, der Regierungspräsident berechtigt.

2. KG., RJA. **4** 31, ZBlFrG. **4** 541, KGJ. **26** A 232, OLG. **4** 463: Ein Ordnungsstrafverfahren nach §§ 132 ff. kann nur gegen die Mitglieder des Vereinsvorstandes persönlich, nicht aber gegen den Vorstand als Vereinsorgan gerichtet sein.

Ebenso hinsichtlich der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften RG. **56** 430.

§ 161. 1. RG. DJZ. **03** 131, BayObLG. **3** 562: Die Fassung der Eintragung in das Güterrechtsregister wird von dem Gerichte nach seinem Ermessen bestimmt.

KG., RheinA. **97** II 103: Das Amtsgericht hat den vertragsmäßigen Güterstand gemäß den materiellen Abmachungen der Ehegatten, nicht aber notwendigerweise mit den von diesen gebrauchten formellen Wendungen in das Güterrechtsregister einzutragen.

2. KG., RJA. **1** 153, OLG. Hamburg, DJZ. **01** 564, OLG. **1** 318, SeuffA. **56** 133, R. **00** 540, SchlHolstAnz. **01** 33: Auch der von dem Notar gemäß § 129 gestellte Antrag unterliegt der Formvorschrift des § 1560 Satz 2 BGB.

Anders LG. Aachen, RheinNotZ. **45** 68, LG. Bremen, ZBlFrG. **1** 669.

KG., RJA. **1** 199, KGJ. **21** A 88, OLG. **3** 368, R. **01** 97, ThürBl. **48** 437, ZBlFrG. **1** 741: Der Notar, der gemäß § 129 die Eintragung beantragt, muß die von ihm über die Erklärungen der Ehegatten aufgenommenen Urkunden einreichen. Hierzu DNotVZ. **1** 440.

OLG. **5** 196 (Colmar), ZBlFrG. **2** 845, PuceltsZ. **34** 23, ElsLothJZ. **02** 393, 398, LG. Köln, RheinNotZ. **45** 147, ZBlFrG. **1** 230: Wenn Eheleute nicht zur Eintragung ihres Güterstandes in das Güterrechtsregister verpflichtet sind und der Ehevertrag nicht ihre Willenserklärung enthält, daß der Vertrag eingetragen werden soll, so muß von dem Notar, der letzteren aufgenommen hat und nunmehr die Eintragung beantragt, die Vorlage der hierzu ermächtigenden Vollmacht verlangt werden. Anders LG. Aachen, RheinNotZ. **45** 68.

Neunter Abschnitt. Offenbarungseid. Untersuchung und Verwahrung von Sachen. Pfandverkauf.

§ 166. Josef, ZBlFrG. **3** 598: Nach der Absicht des Gesetzes ist dem Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur die Entscheidung darüber übertragen, ob eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Art des Pfandverkaufs nach billigem Ermessen den Interessen der Beteiligten entspricht, nicht aber die Entscheidung anderweiter zwischen ihnen, z. B. über das Bestehen des Pfandrechts schwebender Streitigkeiten. Ebenso KG., KGJ. **24** A 3.

Zehnter Abschnitt. Gerichtliche und notarielle Urkunden.

Literatur: Dorst, Die notarielle Urkunde nach Form und Inhalt, Köln 1902. — Jastrow, Formularbuch (14), Berlin 1903, T. I, Deutsch-Preußisches Notariatsrecht. — Kloß, Das Beurkundungswesen im Königreich Sachsen, Leipzig 1901. — Derselbe, Das Notariat im Königreich Sachsen. Leipzig 1900. — Pappafava, Über die räumliche Umgrenzung des notariellen Wirkungskreises. Übersetzung von Leesberg, Innsbruck. — Rietsch, Handbuch der Urkundwissenschaft (2), Berlin 1904. — Derselbe, Das Eschatokoll und die Zukunft der Notariatsakte, Wien 1899. — Scholly, Der notarielle Akt nach Reichs- und Landesrecht, Straßburg 1900. — Werner-Kroschel, Das deutsch-preußische Notariat, Leipzig 1900.

§§ 167 ff. 1. Weißler, DNotV3. **1** 97 ff., gibt eine ausführliche Übersicht über die Streitfragen des Urkundsrechts und die Stellung der verschiedenen Autoren zu demselben. Bemerkungen dazu ebenda 193, 232, 315, 361, 433, 553.

2. Kockerols, DNotV3. **1** 86, 127, 188, stellt für die Aufnahme notarieller Urkunden eine Reihe von Formeln auf. Er gibt Formalien für den Eingang und Schluß des Protokolls, die Identitätsfeststellung, die Erklärung schreibensunkundiger, blinder, stummer oder sonst am Sprechen verhinderter, tauber, taubstummer und sprachfremder Personen, die Eidesformel für Dolmetscher und den Beglaubigungsvermerk.

3. Über das Verfahren bei Beurkundungen der Dorf- und Ortsgerichte in Preußen s. *Boschan, ZBlFrG. **5** 287 ff.

4. Sächs. OLG. **21** 289: Die Vorschriften der §§ 167 ff. beziehen sich nur auf den Fall, wenn dritte Personen ein Rechtsgeschäft vor Gericht zu dem Zwecke vornehmen, um eine gerichtliche Urkunde darüber zu erlangen, sei es, daß das Gesetz für die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts die gerichtliche Beurkundung vorschreibt, oder daß die Beteiligten sich aus einem sonstigen Grunde einen vollgültigen Beweis für die Vornahme des Rechtsgeschäfts beschaffen wollen; nicht dagegen auf Fälle, in denen das Gericht bei der Beurkundung von Amts wegen und in eigenem Interesse handelt.

5. Über die Beurkundung von „Rechtsgeschäften" und von „anderen Gegenständen als Rechtsgeschäften", Protokolle und Aktenvermerke s. Josef, BuschsZ. **29** 162 ff.

6. LG. Cleve, RheinNotZ. **04** 221: Die §§ 167 ff. finden auf das Protokoll der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft keine Anwendung.

7. **RG. 48** 183, JW. **01** 473: Auf die Beurkundung eines Prozeßvergleichs finden die Vorschriften des FrGG. keine Anwendung, da derselbe ein Akt der streitigen Gerichtsbarkeit ist. Dies erörtert ausführlich Dronke, BuschsZ. **30**, 60.

§ 167. 1. Abs. 1. a) Josef, ZBlFrG. **1** 841: Die Frage, ob ein Minderjähriger befähigt ist, rechtsgeschäftliche Erklärungen vor Gericht oder Notar abzugeben, ist eine rein formelle Frage des Prozeßrechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die mit der materiellen Rechtsfrage, ob der Minderjährige das Rechtsgeschäft materiell wirksam abschließen kann, nichts zu tun hat. Der Minderjährige muß daher gemäß §§ 1630, 1793 bei der Abgabe solcher Erklärungen durch seinen gesetzlichen Vertreter vertreten werden. Soweit jedoch solche Erklärungen des Minderjährigen selbst materiell wirksam sind, sind sie auch wirksam, wenn sie vor Gericht oder Notar abgegeben sind. Die Gerichte und Notare sollen nur die Beurkundung der Erklärungen von Minderjährigen ablehnen, selbst wenn sie zur Abgabe derselben in eigener oder fremder Angelegenheit bevollmächtigt sind. Ebenso ist die Beglaubigung von Unterschrift und Handzeichen Geschäftsbeschränkter unzulässig. Ähnlich Lörcher, WürttZ. **01** 209. Anders Rausnitz, Weißler.

b) Dorner, BuschsZ. **28** 241, führt aus, daß die Landesgesetzgebung befugt ist, die Folgen einer Überschreitung des Amtsbezirkes durch den Richter oder den Notar bei Vornahme rechtsgeschäftlicher Beurkundungen zu bestimmen, und daß, wenn die Landesgesetzgebung keine Vorschriften getroffen hat, bei einer solchen Überschreitung eine rechtswirksame öffentliche Urkunde nicht zustande kommt.

2. Abs. 2. a) *Keidel, SeuffBl. **04** 149: Es besteht kein Vorbehalt, der es der Landesgesetzgebung ermöglichte, die Zuständigkeit der Amtsgerichte für die Aufnahme der im §§ 1718 und 1720 Abs. 2 BGB. vorgesehenen öffentlichen Urkunden (Vaterschaftsbekenntnis) auszuschließen.

b) BayObLG. **3** 565: Hat das Gericht, nachdem es zunächst auf Ersuchen des Vormundschaftsgerichts den Vater des unehelichen Kindes über die von dem

Vormund und von der Mutter des Kindes erhobenen Ansprüche vernommen hat, auf Antrag des Vaters dessen Erklärung, daß er sich zu den von ihm verlangten Leistungen verpflichte und sich wegen deren Erfüllung der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfe, zu Protokoll beurkundet, so hat es in Ansehung dieser Beurkundung nicht dem ersuchenden Gerichte Rechtshilfe geleistet, sondern eine zu seiner eigenen Zuständigkeit gehörende Verrichtung ausgeführt. Die vollstreckbare Ausfertigung des Protokolls ist daher von ihm und nicht von dem ersuchenden Gerichte zu erteilen.

c) Josef, ZBlFrG. **5** 165: Lehnt der Richter die verlangte Beurkundung ab aus Gründen des dienstlichen Geschäftsbetriebs (z. B. wegen Arbeitsüberhäufung), so findet nur die Aufsichtsbeschwerde statt; erfolgt die Ablehnung aus Gründen materiellen Rechts (z. B. weil die zu beurkundende Erklärung nichtig sei) so findet gegen die — sei es auch nur mündliche — Ablehnung die materielle Beschwerde statt; beeinträchtigt ist hier das Recht des Antragstellers auf eine sachgemäße Entscheidung über den gestellten Antrag.

d) BayObLG. **2** 549, SeuffA. **57** 251, SchlHolstAnz. **02** 327: Der Standesbeamte darf die Beurkundung der Anerkennung einer außerehelichen Vaterschaft, sofern sie nur überhaupt von einem Willensfähigen abgegeben wird, nicht deshalb ablehnen, weil er Zweifel an der Rechtswirksamkeit derselben wegen der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Erklärenden hegt.

§ 168. 1. Satz 1. a) Josef, ZBlFrG. **3** 309: Die §§ 168 ff. finden nicht bloß auf selbständige Beurkundungen Anwendung, sondern allgemein überall da, wo ein Gericht vermöge seiner Amtspflicht ein Rechtsgeschäft zu beurkunden hat, auch wenn dies in einem bei dem Gerichte anhängigen Verfahren geschieht.

Anders Frese, ebenda **2** 699 ff., **3** 477 ff.: Auf rechtsgeschäftliche Beurkundungen im anhängigen Verfahren des Grundbuch-, Vormundschafts-, Nachlaß- und Registergerichts finden nicht die §§ 168 ff., sondern nur die Vorschriften der Landesgesetze Anwendung.

b) v. Wächter-Spittler, ZBlFrG. **4** 81 ff., führt aus, daß die §§ 168 ff. auf die rechtsgeschäftlichen Beurkundungen weder der Gerichte in ihrer Eigenschaft als Grundbuchämter noch der Grundbuchämter überhaupt kraft Reichsrecht unmittelbare Anwendung finden.

c) Josef, AzivPr. **95** 149: Ist das Grundbuchamt ein Gericht, so hat es bei der Beurkundung rechtsgeschäftlicher Erklärungen, insbesondere der Auflassung, die reichsgesetzlichen Vorschriften der §§ 168 ff. zu befolgen. Die vor dem Grundbuchamte abgegebenen Erklärungen gelten rechtlich erst als vorhanden, wenn sie vorschriftsmäßig beurkundet sind. Doch ist eine dem zuwider erfolgte Eintragung rechtswirksam, wofern die Eintragungsbewilligung dem Grundbuchamte überhaupt auch nur mündlich erklärt war.

d) Rau, WürttZ. **04** 161 ff.: Für die Beurkundung eines Vertrags nach § 313 BGB. durch den Ratsschreiber und Grundbuchbeamten des Art. 3 Abs. 3 WürttAusfGes. zum BGB. ist die Beobachtung der Vorschriften der §§ 168 bis 182 weder reichsgesetzlich noch landesgesetzlich vorgeschrieben.

e) KG., KGJ. **20** A 184, PosMschr. **00** 93: Die Beglaubigung von Unterschriften seitens eines Notars ist keine Beurkundung eines Rechtsgeschäfts. Die Vorschriften der §§ 169—182, insbesondere des § 171, finden daher keine Anwendung.

2. Satz 2. OLG. Celle, R. **04** 388: Beteiligter kann auch der Ehemann sein, der seine Einwilligung zu der Erklärung seiner Ehefrau erteilt, durch die sie sich zur Übertragung des Eigentums an einem eingebrachten Grundstücke verpflichtet.

§ 169. Kolisch, R. **03** 147: Auch bei der Aufnahme einer Verhandlung nach § 169 ist die Formvorschrift des § 177 anzuwenden.

§§ 170 ff. Vgl. die Bemerkungen zu §§ 2234 ff. BGB., JDR. **1**, 2 u. 3

§ 170. 1. KG., KGJ. **21** A 188, RJA. **2** 33, OLG. **2** 335, BayNotZ. **04** 109, R. **01** 204, PosMschr. **01** 50, ZBlFrG. **1** 819: Der Erkennungszeuge ist nicht Zeuge im Sinne des § 170.

2. Gegen das Kammergericht führt Rausnitz, R. **01** 491 aus, daß der instrumentierende Richter oder Notar zu den mitwirkenden Personen gehört.

3. LG. Leipzig, ZBlFrG. **2** 447: Die Vorschriften der §§ 170, 171 beziehen sich nicht auf Beglaubigungen. Hat daher ein Notar, obwohl er bei dem Rechtsgeschäfte beteiligt war, die Unterschrift eines anderen Beteiligten beglaubigt, so wird dadurch die Urkunde nicht ungültig. Ähnlich KG., KGJ. **20** 185.

4. **RG. 49** 127, JW. **01** 865: Die Vorschrift des PrNotG. § 6 ist nicht aufgenommen, wonach der Notar in Angelegenheiten einer Partei, deren Generalbevollmächtigter er ist, keine beurkundende Tätigkeit ausüben darf. Der Generalbevollmächtigte wird gerade vermöge dieser Eigenschaft häufig zur Errichtung von Urkunden, an denen sein Machtgeber beteiligt ist, besonders geeignet sein, ohne dadurch das Vertrauen der übrigen Beteiligten einzubüßen.

5. **RG. 49** 127, DJZ. **02** 52, SeuffA. **57** 89, JW. **01** 865, WürttZ. **02** 204, ZBlFrG. **2** 479: Der als Konkursverwalter fungierende Notar ist rechtlich nicht verhindert, Vertragsanträge, die ein Dritter der Konkursmasse macht, notariell zu beurkunden.

6. BayObLG. **3** 439, OLG. **5** 407, R. **02** 351: Der Notar kann die durch ihn als Vertreter des Vormundes oder Pflegers erfolgte Mitteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung an den Vertragsgegner nicht selbst beurkunden. Er kann aber als Notar die Erklärung des anderen Vertragschließenden oder dessen Bevollmächtigten beurkunden, daß dieser von ihm als Bevollmächtigtem des Vormundes oder Pflegers die Mitteilung über die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erhalten habe und von ihr Kenntnis nehme.

7. Vgl. BayObLG. **3** 684.

§ 171. 1. KG., ZBlFrG. **2** 836, KGJ. **24** A 6, OLG. **5** 192, SeuffA. **58** 255, FrankfRundsch. **02** 6: Eine Verfügung ist in einer Urkunde „zugunsten" einer Person dann getroffen, wenn der Person in der Urkunde von dem oder den Beteiligten ein Recht eingeräumt wird. Ein Notar kann daher eine ihm erteilte Vollmacht nicht selbst beurkunden.

Gegen das KG. Kroschel, DNotVZ. **02** 340.

Anders auch LG. Colmar, ZBlFrG. **3** 728, LG. Saarbrücken, RheinNotZ. **46** 126, Werner, DNotVZ. **1** 258, welcher definiert: Zu Gunsten einer Person wird eine Verfügung nur dann getroffen, wenn ihr aus der Verfügung ein Vorteil erwächst. Er kommt daher zu folgendem Ergebnis: Ein Notar darf von den ihn oder seine nahen Angehörigen betreffenden Rechtsgeschäften unter Lebenden beurkunden eine Vollmacht, eine Quittung, eine Schuldverschreibung, ein Schuldanerkenntnis, eine Löschungsbewilligung, ein Vertragsanerbieten bzw. Annahme eines solchen; ferner die Ernennung zum Schiedsrichter oder die Betrauung mit einer anderen Obliegenheit. Er darf dagegen nicht beurkunden eine Schenkung, einen Erlaß, die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses, sofern diese Rechtsgeschäfte ihm oder seinen Angehörigen zum Vorteil gereichen würden. In den von ihm errichteten Testamenten dürfen er oder seine Angehörigen zum Testamentsvollstrecker, Vormund, Pfleger oder Beistand ernannt, nicht aber zu Erben eingesetzt oder mit einem Vermächtnisse bedacht werden.

2. *Dronke, DJZ. **99** 130: Die Ausschließung des Urkundbeamten wegen Interesses zur Sache ist im § 171 RFG. erschöpfend geregelt. Das Urkundverbot des Art. 85 PrFrGG. für den Notar, der für einen der Beteiligten als

Prozeßbevollmächtigter tätig ist oder gewesen ist, kann daher für mit dem Reichsrecht vereinbar nicht erachtet werden.

§ 175. Loeffler, DNotVZ. **1** 417: Der Ausdruck „Verhandlung" in den §§ 175, 176 hat die beschränkte Bedeutung „Vollziehung des Protokolls", das heißt dessen Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung.

§ 176. I. Abs. 1. 1. Ziff. 1. OLG. Celle, R. **04** 388: Der Ort und Tag der Verhandlung müssen im Protokolle richtig angegeben sein, damit die Urkunde als eine gültige, öffentliche angesehen werden kann.

2. Ziff. 2. **RG.** JW. **02** 14, DNotVZ. **02** 510: Es genügt, wenn hinsichtlich des mitwirkenden Richters und Gerichtsschreibers im Eingange des Protokolls bemerkt wird „die unterzeichneten Gerichtspersonen".

KG., KGJ. **23** A 168, OLG. **6** 347, **4** 94, DNotVZ. **3** 363, PrJMBl. **02** 34: Die Bezeichnung des mitwirkenden Urkundsbeamten im Texte des Protokolls darf bei Vermeidung der Nichtigkeit der Beurkundung nicht unterlassen werden. Sie kann durch die bloße Kennzeichnung des Urkundsbeamten bei der Unterschrift oder durch eine spätere Bescheinigung desselben über seine Mitwirkung nicht ersetzt werden.

Ähnlich OLG. **5** 193, **2** 139 (Hamm), ebenso Josef, JW. **04** 443, 532.

Brettner, ZBlFrG. **2** 710 bekämpft die Ansicht, daß zur Gültigkeit der Urkunde die Bezeichnung des mitwirkenden Richters oder Notars im Texte des Protokolls erforderlich sei.

Josef, JW. **04** 443, 532: Dem Erfordernisse der „Bezeichnung" der Beteiligten und Mitwirkenden ist nur genügt, wenn deren Name in dem dem Beteiligten vorgelesenen Teile der Urkunde angegeben ist. Die Angabe des Namens wird niemals ersetzt durch Angabe anderer Merkmale wie Stand, Beruf, Wohnsitz. Es bedarf aber auch der letzteren neben der Angabe des Namens nicht; die bloße Angabe des (sei es auch nur tatsächlich geführten) Namens genügt vielmehr dem gesetzlichen Erfordernisse der Bezeichnung.

II. Abs. 2. 1. **RG.** **54** 195, ZBlFrG. **3** 798, DJZ. **03** 297, OLG. **3** 312, SeuffA. **58** 486, DNotVZ. **3** 270, JW. **03** 190, RheinNotZ. **46** 300: Auch eine dem Protokoll als Anlage beigefügte Schrift muß den Beteiligten gemäß § 177 vorgelesen und von ihnen genehmigt werden. Einer besonderen Unterzeichnung der Anlage durch die Beteiligten bedarf es nicht.

Ebenso: BayNotZ. **04** 106, KG., KGJ. **22** A 209, Pfirstinger, SeuffBl. **01** 433, Werner, DNotVZ. **02** 67, Bollenbeck, DNotVZ. **02** 465. Brunner, BayNotZ. **00** 71 hält auch die Unterzeichnung für notwendig.

Anders: OLG. **3** 72 (Dresden), RheinNotZ. **46** 246, SächsOLG. **23** 36, Kockerols, R. **02** 97, Reinhard, SächsA. **10** 228, Frese ebenda 401.

2. Eine Erläuterung des Abs. 2 gibt Werner, DNotVZ. **02** 243. Desgleichen Bollenbeck, DNotVZ. **02** 465, **03** 7; unter Berücksichtigung der einschlägigen reichs- und landesgesetzlichen Vorschriften. Er erörtert insbesondere den Fall, wenn auf eine Anlage Bezug genommen wird, welche keine Schrift ist. Nach ihm genügt es, wenn der Vertragswille aus den im Protokoll enthaltenen Bestimmungen in Verbindung mit außerhalb des Protokolls liegenden Hilfsmitteln, auf die im Protokolle Bezug genommen ist, genau bestimmt werden kann. Es ist nicht erforderlich, daß der Vertragswille durch die Urkunde allein verständlich sei. Als Hilfsmittel ist alles denkbar, was nach Prozeßrecht Beweismittel sein kann, insbesondere Urkunden im weitesten Sinne.

Hiergegen Thiele, DNotVZ. **02** 486.

3. Kroschel, DNotVZ. **02** 285: Für die formelle Gültigkeit des Protokolls ist es ohne Belang, ob die Niederschrift unvollständig ist, ob sie auf nicht vorhandene Anlagen verweist oder ob es die wahren Parteierklärungen nicht wider-

gibt. Die Beweiskraft des Protokolls erstreckt sich aber nicht auf eine nicht beigefügte Anlage, auf die im Protokoll verwiesen wird. Entsprechendes gilt auch für die Anerkennung eines nicht beigefügten Vertrags.

Dagegen Thiele, DNotV3. 02 486.

4. KG., KGJ. 25 A 60, OLG. 8 294: Die Form des Abs. 2 ist auf die eidesstattliche Versicherung zwecks Erteilung eines Erbscheins nicht anwendbar. Die Versicherung muß vielmehr, falls zur Beurkundung die Protokollform gewählt wird, in das Protokoll selbst aufgenommen werden.

Dagegen Weißler, DNotV3. 4 346 ff.

III. Abs. 3. 1. *Rietsch, Handb. d. Urkundwissenschaft 182—188: Die Bestätigung der Identität enthält zwei Bestätigungen. Es wird 1. die Kenntnis der Person, 2. die Kenntnis der gerade dieser Person im Verkehre zukommenden Bezeichnungen bestätigt. Sie ist keine auf bloße Wahrnehmungen gestützte Bestätigung, sondern stützt sich auch auf die Überzeugung von der Richtigkeit, die in dem Bewußtsein der Gemeinsamkeit mit einem größeren Kreise von Menschen ihren Grund hat.

2. Brunner, R. 03 118 führt aus, daß der beurkundende Beamte als Erkenntnisquelle für die Identität einer Person außer der eigenen sinnlichen Wahrnehmung auch die allgemeine Übereinstimmung (Offenkundigkeit) und sonstige Behelfe benutzen dürfe.

3. KG., KGJ. 20 A 177, 23 A 5, OLG. 5 194, SeuffA. 58 342, LG. Köln, ZBlFrG. 2 724, Scholtz, PosMschr. 01 57, Lörcher, WürttZ. 01 209: Der Vermerk aus Abs. 3 ist nicht wesentlich und sein Fehlen beeinträchtigt die Wirksamkeit der abgegebenen Erklärung und ihrer Beurkundung nicht.

KG. a. a. O: Wenn jedoch die Identität der Beteiligten in der Urkunde ungenügend und nicht so festgestellt ist, daß über sie Gewißheit besteht, so wird sie durch die Urkunde nicht bewiesen, und diese ist deshalb für den Grundbuchrichter unbrauchbar. Eine nachträgliche Bescheinigung des Urkundsbeamten, in welcher die Mittel angegeben sind, durch welche er sich die Überzeugung von der Identität der Beteiligten verschafft hat, braucht der Grundbuchrichter nicht zu berücksichtigen.

Ähnlich: Jastrow, DNotV3. 1 464, Werner, DNotV3. 1 369, 472.

Dagegen: Schauenburg, DJZ. 03 418, Weißler, DNotV3. 1 376, 475, Rausnitz, R. 01 36, Kockerols, RheinNotZ. 47 97.

4. OLG. Naumburg, PosMschr. 02 102: Der Vermerk, daß die Beteiligten „An Gerichtsstelle" erschienen seien, genügt zur Feststellung der mitwirkenden Urkundspersonen.

LG. Graudenz, PosMschr. 00 114: Der Vermerk „durch Sachkenntnis legitimiert" ist ungenügend, da eine Angabe der Umstände, wodurch der Notar sich Gewißheit über die Persönlichkeit verschafft hat, fehlt.

LG. Metz, ElsLothrNotZ. 01 339: Wenn der Notar die Beteiligten nicht kennt, genügt es nicht, daß in der Urkunde festgestellt wird, der zugezogene Zeuge habe dem Notar die Identität der Erschienenen bezeugt, es muß vielmehr ausdrücklich festgestellt werden, daß der Notar durch den Identitätszeugen sich Gewißheit über die Persönlichkeit der Erschienenen verschafft hat.

5. Bollenbeck, RheinNotZ. 04 238: Unrichtige Beurkundung infolge Täuschung des Notars über die Person des Erschienenen macht die Beurkundung nichtig. Spätere Bestätigung ist nur wirksam, wenn sie sich als erneute Vornahme der Beurkundung darstellt.

6. OLG. 3 175 (KG.): Ist aus der Fassung des Protokolls zu entnehmen, daß Gericht oder Notar die Identität der Beteiligten geprüft und sich Gewißheit über ihre Persönlichkeit verschafft haben, so kann die Gültigkeit des Protokolls

nicht aus dem Grunde bezweifelt werden, daß die vom Gericht oder Notar für die Identität angegebene Erkenntnisquelle diese Gewißheit nicht ausreichend erbringen könne. Das Protokoll bildet vielmehr eine ausreichende Eintragungsunterlage nach § 29 GBO. schon dann, wenn die Fassung ergibt, daß eine Prüfung und Feststellung der Identität stattgefunden hat und die Rekognitionsmittel angegeben sind. Ebenso Jastrow, DNotVZ. **1** 470 gegen Werner, ebenda 369 ff.

Ähnlich LG. Leipzig, ZBlFrG. **4** 216.

§ 177. 1. Eigenhändige Unterschrift. a) Josef, AzivPr. **94** 465: Eine schriftliche Willenserklärung erfordert grundsätzlich Unterzeichnung mit dem dem Aussteller rechtlich zustehenden Familiennamen. Nur in Ausnahmefällen bindet den Aussteller eine andere Art der Unterzeichnung. Näheres IDR. **2** Ziff. 2 zu § 126 BGB.

b) Schultze-Görlitz, DJZ. **01** 524, Kockerols, DNotVZ. **1** 358: Ein Kaufmann kann das Protokoll statt mit seinem Namen mit seiner Firma unterschreiben. Dagegen Werner, DNotVZ. **1** 183.

c) RheinNotZ. **46** 85: Eine Ehefrau kann rechtsgültig auch mit ihrem Mädchennamen unterschreiben. Ähnlich LG. Cöln, RheinAV. **00** 200.

d) KG., KGJ. **20** A 128, OLG. **1** 342: Die Gültigkeit der Beurkundung ist nicht davon abhängig, daß im Protokoll ausdrücklich die Worte gebraucht werden, die Beteiligten hätten „eigenhändig" unterschrieben. Es genügt, wenn aus dem Protokoll hervorgeht, daß jeder der Beteiligten selber, d. h. ohne sich eines anderen zum Schreiben der Unterschrift zu bedienen, seinen Namen unterzeichnet hat.

e) Unleserliche Unterschrift (vgl. IDR. **2** Ziff. 3 zu § 126 BGB.).

Michels, DJZ. **03** 141: Durch eine unleserliche Unterschrift wird die vorgeschriebene Form nicht erfüllt. Dazu Josef, ebenda 271.

2. OLG. Celle, R. **04** 556: Wenn mehrere Personen eine Erklärung zu gerichtlichem oder notariellem Protokoll abgeben, aber nur eine von ihnen dasselbe unterschreibt, so liegt eine gerichtlich oder notariell aufgenommene Erklärung derjenigen Personen, die das Protokoll nicht unterschrieben haben, selbst dann nicht vor, wenn diese Personen zu demselben Protokolle den Unterschreibenden ermächtigt hatten, allein für alle zu unterschreiben.

3. OLG. Colmar, ElsLothNotZ. **03** 55, ElsLothJZ. **03** 570: Die Unterschrift der Beteiligten muß am Schlusse des Protokolls, also räumlich unter den von ihnen abgegebenen Erklärungen gegeben sein. Vgl. hierzu RG. PosMschr. **01** 144.

Rausnitz, DJZ. **99** 458: Die Unterzeichnung muß durch sämtliche Beteiligte am Schlusse des Protokolls erfolgen.

RheinNotZ. **45** 105 läßt diesen Satz nur mit erheblichen Einschränkungen gelten.

KGJ. **21** A 188, RJA. **2** 33, OLG. **2** 335, BayNotZ. **04** 109: Zu den Beteiligten gehört nicht der Erkennungszeuge.

4. Güthe, ZBlFrG. **2** 606 ff.: Der Vermerk über die Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung des Protokolls braucht nicht mit vorgelesen zu werden. Er kann schon niedergeschrieben werden, ehe die Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung tatsächlich vorgenommen ist.

5. OLG. Rostock, SeuffA. **57** 253, MecklZ. **20** 278: Die Feststellung der Verlesung, Genehmigung und Unterzeichnung kann auch durch den Richter oder Notar allein erfolgen, so daß diese Feststellung auch der Unterschrift der Parteien nachfolgen kann. Anders Fuchs, ZBlFrG. **5** 123.

OLG. **3** 72 (Dresden), RheinNotZ. **46** 246: Es genügt, wenn aus dem Protokolle unmittelbar seine Vorlesung, seine Genehmigung durch den Beteiligten und die persönliche Unterschrift dieses Beteiligten hervorgeht.

RG. 53 150, SeuffA. 58 382, JW. 03 31, Güthe, ZBlFrG. 2 606 ff., OLG. 6 20 (KG.): Die Feststellung der Vorlesung, Genehmigung und Unterschrift eines Protokolls durch den Vermerk „v. g. u." ist zulässig. Anders OLG. 3 349 (KG.).

6. KG., BayNotZ. 04 107: Bezüglich eines vom Notar in den Urkunden als legal festgestellten Vorgangs haben andere Behörden kein Nachprüfungsrecht.

7. OLG. Naumburg, DNotVZ. 4 279: Die Erklärung, nicht schreiben zu können, kann hinter dem Vollziehungsvermerk, muß aber vor den Unterschriften stehen. Sie muß nicht vorgelesen und genehmigt werden. Dazu Weißler ebenda, Jastrow ebenda 397.

KG., KGJ. 20 A 130; 26 A 42, Fuchs, ZBlFrG. 4 811: Der Beteiligte muß zur Vermeidung der Nichtigkeit der Beurkundung selbst erklären, daß er nicht schreiben kann, und diese Erklärung muß im Protokoll vermerkt werden. Eine Angabe des Richters oder Notars, ein Beteiligter könne nicht schreiben, genügt nicht.

Dagegen Leschinsky, DJZ. 04 241, Weißler, DNotVZ. 4 278.

*Fuchs, ZBlFrG. 5 123: Der Vermerk, daß der Beteiligte erklärt hat, nicht schreiben zu können, muß vorgelesen und genehmigt werden.

§ 178. 1. Josef, BuschsZ. 29 177 ff.: Über die Zuziehung von Hilfsurkundspersonen beim Verfahren mit Gebrechlichen, Schreibensunkundigen und Fremdsprachlichen.

2. *Jastrow, Formularbuch I 48[4]: Ein in der Lautsprache ausgebildeter Taubstummer unterliegt dem § 178 nicht, sondern ist lediglich als taub nach § 169 zu behandeln.

§ 179. 1. Abs. 1. a) KG., KGJ. 21 A 7, RJA. 1 203 OLG. 1 408, 458; 2 202, R. 01 97, ThürBl. 48 441, PosMschr. 00 176; 01 34; ZBlFrG. 1 744, Wolff, PosMschr. 00 125, Rohde ebenda 145: Der Dolmetscher braucht nicht für den betreffenden Akt besonders vereidigt zu sein, es genügt die Zuziehung eines gemäß § 19 der Dolmetscherordnung vom 18. 12. 99 im allgemeinen vereidigten Dolmetschers, sofern nur sein im allgemeinen geleisteter Eid die Tätigkeit bei dem betreffenden Akt mit umfaßt. In dem Protokolle braucht nicht angegeben zu werden, ob der zugezogene Dolmetscher für den besonderen Akt oder im allgemeinen vereidigt ist. Ist in dem Protokolle beurkundet, daß ein vereidigter Dolmetscher zugezogen ist, so unterliegt die Legalität der Vereidigung nicht der Nachprüfung anderer Behörden.

b) LG. Lissa, PosMschr. 00 174: Ein nur für gerichtliche Geschäfte beeidigter Dolmetscher gilt nicht auch für Notariatsakte als beeidigt. Die Unterlassung der Zuziehung eines für solche beeidigten Dolmetschers hat die Nichtigkeit des Notariatsakts zur Folge.

c) LG. Lyck, PosMschr. 02 49: Der zugezogene Gerichtsschreiber kann nicht zugleich als Dolmetscher dienen.

2. Abs. 2. a) LG. Beuthen, R. 00 401: Wenn der Richter oder Notar selbst der fremden Sprache mächtig ist, so ist es nicht erforderlich, im Protokolle den Grund zu vermerken, weswegen die Zuziehung eines Dolmetschers unterblieben ist.

b) KG., KGJ. 22 A 19, KGBl. 01 75, LG. Gnesen, PosMschr. 01 78: Das deutsche Protokoll muß gemäß § 177 bei Vermeidung der Nichtigkeit dem Dolmetscher als mitwirkender Person vorgelesen werden. Anders LG. Gleiwitz, Breslau AK. 00 25.

3. Den zwischen Abs. 1 und 3 bestehenden Widerspruch behandelt Dronke, DJZ. 01 495. Er empfiehlt die strengere Auslegung des Abs. 3. Ebenso Eccius, Gruchots Beitr. 43 297.

Anders OLG. 1 408 (KG.), LG. Meseritz, ZBlFrG. 1 55, PosMschr. 00 80: Die Feststellung, daß die Beteiligten der deutschen Sprache nicht mächtig seien, ist in der diesbezüglichen zu Protokoll gegebenen Erklärung der Beteiligten enthalten. Ebenso auch LG. Gleiwitz, Breslau AK. 00 25, Fuchs, ZBlFrG. 1 685, Götte, R. 00 210.

4. Abs. 5. KG., KGJ. 21 A 12, PrJMBl. 01 52, PosMschr. 01 34, OLG. 2 202: Abs. 5 bezieht sich nur auf den Fall, daß der beurkundende Beamte über die Notwendigkeit der Zuziehung eines Dolmetschers im Irrtume war. Hat der Beamte jedoch die Notwendigkeit der Zuziehung festgestellt, so sind sämtliche im § 179 für die Beurkundung vorgeschriebene Förmlichkeiten bei Vermeidung der Nichtigkeit der Beurkundung zu beobachten.

§ 181. 1. *Jastrow, Form.Buch I § 181 Anm. 1c (60): Bei der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung einer Versteigerung darf der Richter oder Notar den Zuschlag nicht erteilen; vielmehr muß dies der Auftraggeber tun, dessen Erklärung der Richter oder Notar alsdann zu beurkunden hat. Bei Abwesenheit des Auftraggebers muß die Erteilung des Zuschlags von vornherein für später vorbehalten werden. S. auch ebenda PrFrGG. Art. 78 Anm. 7 (78).

2. *Kockerols, R. 01 34 ff.: Die Unterschrift des Bieters ist auch dann nicht erforderlich, wenn das Versteigerungsprotokoll gleichzeitig die Auflassungserklärung enthält.

§ 182. 1. KG., KGJ. 20 A 14, OLG. 1 96, KGBl. 00 42, Breslau, AK. 00 31, RheinNotZ. 45 98, PrJMBl. 00 404: Der Unterschied zwischen Siegel und Stempel ist darin zu finden, daß das erstere in dem Abdruck des Siegelzeichens in einem mit der Urkunde verbundenen, weichen, selbständigen Stoff (Lack, Oblatenklebestoff u. dergl.), der letztere in dem mittels Farbstoffs oder unmittelbar mittels Presse auf oder in das Urkundenpapier erfolgten Abdruck des Siegelzeichens besteht.

Ähnlich Scherer, JW. 01 881, Dennler, SeuffBl. 00 354, Klein, R. 01 113, PräsdKG., KGBl. 00 14, SchlHolstAnz. 00 93, PreußJustizminister, RheinNotZ. 45 26, 97, WürttZ. 00 199.

Gegen eine Unterscheidung von Siegel und Stempel spricht sich aus Kette, KGBl. 00 50, Keyßner, R. 00 258.

2. RG., R. 02 210: Im Sinne der §§ 182, 184 bedeutet „Protokoll" den über die betreffende Verhandlung aufgenommenen, von allen Beteiligten und von den mitwirkenden Personen bereits unterzeichneten, mithin ganz fertigen urkundlichen Akt.

§ 183. 1. KG., KGJ. 21 A 276, SeuffA. 56 341: Die Zulässigkeit und rechtliche Wirksamkeit der Beglaubigung hängt davon ab, daß der auf die Beglaubigung gerichtete Wille der Beteiligten bis zur Beglaubigung selbst fortdauert und rechtlich fortdauern kann.

2. *Franz, DNotV. 4 74: Die Beglaubigung setzt voraus, daß die Unterschrift in amtlicher Gegenwart des beglaubigenden Beamten anerkannt oder vollzogen wird; eine Beglaubigung ist dann unstatthaft, wenn der Beamte die Vollziehung oder Anerkennung in außerordentlicher Eigenschaft, z. B. im Auslande oder überhaupt außerhalb seiner örtlichen Zuständigkeit entgegengenommen hat.

3. Josef, DNotV. 4 372 ff.: Bei der Unterschriftsbeglaubigung ist die dem Notar nach außen obliegende Amtshandlung lediglich die Schaffung des Beglaubigungsvermerks; die Entgegennahme der Unterschriftsvollziehung oder -Anerkennung ist eine bloße Vorbereitungshandlung. Daher ist die Beglaubigung rechtswirksam erfolgt, wenn die Vollziehung oder Anerkennung überhaupt nicht in Gegenwart des Notars oder im Ausland oder sonst außeramtlich erfolgt ist (s. aber dagegen Jastrow, u. Ziff. 10).

4. *Rietsch, Handb. d. Urkundenwissenschaft 511—517, unterscheidet eine Echtheit der Unterschrift im tatsächlichen und eine solche im rechtlichen Sinne. In der Regel kommt nur die erste in Betracht; die aufgetragene Unterschrift wird nur selten zugelassen. Bei Unterschriftsbeglaubigung kann auch die Echtheit im rechtlichen Sinne, bestätigt durch Anerkennung der Unterschrift, genügen.

5. Beglaubigung der Unterschrift unter einer Blankozession. Für zulässig halten diese: Franck, DJZ. **04** 198, Leo, DJZ. **02** 198, Josef, DNotV. 3 545. Dagegen Huther, DJZ. **03** 292. (Näheres JDR. **2** Ziff. 2 zu § 129 BGB.)

6. OLG. **8** 378 (Dresden): Die Beglaubigung braucht sich nicht unmittelbar unter der Unterschrift zu befinden. Der Beglaubigungsvermerk kann von der beglaubigten Unterschrift durch eine darauf folgende schriftliche Erklärung eines anderen getrennt sein, sofern nur kein Zweifel darüber besteht, auf welche Unterschrift sich der Vermerk bezieht.

KG., KGJ. **20** A 133, LG. Ostrowo, PosMSchr. **00** 80: Der Beglaubigungsvermerk braucht nicht die Angabe zu enthalten, daß die Vollziehung oder Anerkennung der Unterschrift in Gegenwart des beglaubigenden Beamten erfolgt ist.

7. *Jastrow, Formularbuch I 66: Die Unterschriften von Tauben und Stummen sind der Beglaubigung uneingeschränkt fähig; die Unterschriften von Blinden können beglaubigt werden, wenn sie vor dem Richter oder Notar vollzogen werden, nicht aber auf Grund bloßer Anerkennung.

8. **RG. 54** 168, BadRpr. **03** 189: Für eine zur Aufbewahrung beim Registergerichte bestimmte Zeichnung des Namens und der Firma reicht die im § 183 zugelassene Beglaubigung, die auch bei einer bloßen Anerkennung der Unterschrift gestattet ist, nicht unter allen Umständen aus, vielmehr muß eine solche Beglaubigung gefordert werden, aus der sich die persönliche Vollziehung der Unterschrift durch den Zeichnenden ergibt.

Ähnlich SächsOLG. **22** 157. Abweichend KG., RJA. **3** 192.

Anders *Franz, DNotV. **4** 65: Wenn auch § 129 durch § 183 seine formelle Ausführung finde, so decke sich doch keineswegs das Anwendungsgebiet der beiden Paragraphen; eine Unterscheidung verschiedener Arten von Beglaubigungen je nach dem Inhalt eines über der Unterschrift befindlichen Textes sei unumgängig; jede Beglaubigung sei begrifflich eine nicht-rechtsgeschäftliche Beurkundung, wie denn auch der Inhalt eines etwa über der Unterschrift befindlichen Textes den beglaubigenden Beamten überhaupt nichts angehe; vom Standpunkte des Reichsgerichts fehle es für zahlreiche reichsrechtlich (§ 12 HGB.) vorgesehene Beglaubigungen an einer reichsrechtlichen Regelung der Form der Beglaubigung; folgerichtig käme man dazu, für diese Fälle landesrechtliche Regelung zu unterstellen, was nicht anzunehmen sei.

9. Kaufmann, ZBlFrG. **3** 769 ff.: Die deutschen Konsuln sind zur Unterschriftenbeglaubigung nicht befugt, sie müssen nach den allgemeinen Dienstvorschriften nur Verhandlungen über die Anerkennung der Unterschrift aufnehmen. A. M. Josef, Lehrb. 393 und LG. Greifswald (ZBlFrG. **3** 21) unter Hinweis auf § 15 des Konsulatsgesetzes vom 8. November 1867, wonach die Konsuln zur Ausstellung von „Zeugnissen über die bei Ausübung ihres Amtes wahrgenommenen Tatsachen" — und hierzu gehört auch die Unterschriftsbeglaubigung — zuständig sind, ohne daß es der Zuziehung von Zeugen bedarf. — Ebenso Jastrow, Formularbuch I 307, welcher zugleich darauf hinweist, daß sich danach eine Zuständigkeit der Konsuln (mit Ausnahme der Richterkonsuln) zur Beglaubigung von Handzeichen Angesichts der §§ 126, 129 nicht mehr rechtfertigen läßt. (Dazu auch o. Koenig, Handbuch des deutschen Konsularwesens 201.)

10. *Jastrow, Formularbuch I 70: Der Gegenbeweis gegen die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung kann nur dahin geführt werden, daß die Unterschrift oder das Handzeichen vor dem Richter oder Notar weder vollzogen noch anerkannt worden ist. Unerheblich ist dagegen der Nachweis, daß die Unterschrift oder das Handzeichen, obwohl anerkannt, tatsächlich von dem Anerkennenden nicht herrührt.

Elfter Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 187. Bonschab, SeuffBl. **01** 57 ff.: Gegen die Entscheidung über Anträge auf Eintragung in das Genossenschaftsregister oder die Liste der Genossen oder auf Vormerkung in der letzteren findet das Rechtsmittel der einfachen Beschwerde gemäß § 19 FrGG. statt. Ebenso Rausnitz, Komm. zu § 187.

§ 189. 1. Satz 1. a) Wolff, ZBlFrG. **3** 273 ff.: Unter „Vorbehalten zugunsten der Landesgesetzgebung" sind von den Vorschriften des Abschnitts 4 EGBGB. nur solche zu verstehen, die erstens sich mit ausdrücklichen Worten auf die „Landesgesetzgebung" (also nicht allgemein auf die „bisherigen Gesetze") beziehen und zweitens in bezug auf diese Gesetzgebung den Ausdruck „in Kraft bleiben" enthalten (also nicht Ausdrücke wie „maßgebend bleiben" u. dergl.). Insbesondere gehört zu diesen Vorbehalten nicht Art. 213 EGBGB.

b) Carlebach, DNotVZ. **4** 161, führt aus, daß die Übertragung der behördlichen Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts, Nachlaßgerichts und Grundbuchamts theoretischen Bedenken unterliegt und praktisch sich nicht bewährt hat.

c) Kadgien, R. **00** 434: Die Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB. über den Erbschein auf altrechtliche Sterbefälle wird durch § 189 und den hiernach in Betracht kommenden Art. 213 EGBGB. nicht in Frage gestellt. Der § 189 hat nur solche Gegenstände der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Auge, welche Gegenstand des FrGG. sind, und hierzu gehört nicht der Erbschein, der vielmehr im BGB. erschöpfend geregelt ist.

2. Satz 2. KG., KGJ. **23** A 77: Die Standesherren genießen in Preußen keine Privilegien hinsichtlich einer etwaigen Verpflichtung zur Eintragung in das Handelsregister. Die Führung des Handelsregisters steht auch für die Standesherren den Amtsgerichten, nicht den Oberlandesgerichten zu.

§ 191. KG., KGJ. **25** A 11, OLG. **6** 109: Die von einer nach Landesgesetz zuständigen Stelle vorgenommene öffentliche Beglaubigung ist nicht geeignet, in Fällen, in denen vom Gesetz ausdrücklich gerichtliche oder notarielle Beglaubigung vorgesehen ist, diese zu ersetzen.

§ 193. Die Überweisung der Auseinandersetzungsvermittelung an einen Notar gemäß Art. 21 bis 27 des pr. FrGG. behandelt Boschan, Nachlaßsachen II 350.

OLG. **7** 210 (Colmar): Die testamentarische Bestimmung des mit der Vermittelung der Erbauseinandersetzung zu betrauenden Notars durch den Erblasser ist unverbindlich.

§ 194. 1. Werner, RheinNotZ. **46** 3: Auf den Notar, dem gemäß Art. 23 des pr. FrGG. durch das Amtsgericht die Vermittelung einer Auseinandersetzung überwiesen wird, finden außer den auf alle preußischen Notare für anwendbar erklärten Vorschriften des FrGG. auch die im § 194 Abs. 1 u. 3 bezeichneten allgemeinen Vorschriften und auch § 16 Abs. 2 Anwendung. Ebenso Jastrow, Formularbuch I 256.

2. Werner, PosMschr. **01** 85: Unter „andere als gerichtliche Behörden" sind auch die preußischen Notare mitzuverstehen. Anders Nußbaum, PosMschr. **00** 85.

3. *Boschan, ZBlFrG. **5** 280: Auch das Verfahren der Dorf- und Ortsgerichte in Preußen bei der amtlichen Sicherung eines Nachlasses (pr. FrGG. Art. 104) finden die allgemeinen Vorschriften im ersten Abschnitte des FrGG.

Anwendung, soweit nicht der Abs. 3 des § 194 FrGG. Ausnahmen bestimmt. Die hiernach den Ortsbehörden eingeräumte größere Machtbefugnis rechtfertigt sich dadurch, daß zur Sicherung eines Nachlasses häufig eingreifende und schleunigste Maßregeln notwendig sein können.

§ 199. BayObLG., SeuffBl. **00** 353, 383, BayObLG. **1** 134, 264, 410, ZBlFrG. **1** 20, KG., PosMschr. **00** 95: Durch die Vorschrift des § 199 wird nicht ausnahmslos in allen Fällen der §§ 5 und 46 ohne Rücksicht auf die gerichtsverfassungsmäßige Ordnung des Instanzenzugs der Gerichte die Zuständigkeit des Obersten Landesgerichts begründet. Vielmehr soll die Zuständigkeit dieses Gerichts nur dann eintreten, wenn zwar mehrere Oberlandesgerichte in dem Bundesstaate bestehen, aber keinem derselben die Entscheidung im Sinne von § 199 Abs. 1 zugewiesen ist, sodaß, wenn auch ein Oberstes Landgericht nicht bestände, die Zuständigkeit des Reichsgerichts als des nächsten gemeinschaftlich oberen Gerichts gegeben sein würde.

Vgl. §§ 5, 28, 46.

§ 200. 1. Gräsel, ThürBl. **46** 1, erörtert eingehend das Verhältnis des FrGG. zur Landesgesetzgebung. Er umgrenzt zunächst im allgemeinen das Gebiet, auf welchem die Landesgesetze ergänzende und ausführende Vorschriften erlassen können, und bespricht sodann im einzelnen im Anschluß an die verschiedenen Abschnitte des FrGG. die Frage, worauf die Landesgesetzgebung bei Lösung ihrer Aufgabe, Ergänzungs- und Ausführungsbestimmungen zum FrGG. zu schaffen, ihr Augenmerk zu richten hat.

2. *Dronke, DJZ. **99** 130, rechnet zu den landesgesetzlichen allgemeinen Vorschriften, deren Verletzung ohne Einfluß auf die Gültigkeit einer Beurkundung ist, auch die Bezirkseinteilung und die Amtsgrenzen der Gerichte.

3. **RG. 57** 134, RJA. **5** 20: Die Landesgesetzgebung kann auf Grund des § 200 auch in anderen als den im BGB. vorgesehenen Fällen Vorschriften über Ordnungsstrafen in Ergänzung der reichsrechtlichen Bestimmungen erlassen. (Schultheis, ZBlFrG. **2** 165 ff.)

4. **RG.** JW. **04** 208, **RG. 57** 134: Den Landesgesetzen bleibt überlassen, Vorschriften über die Befugnis des Vormundschaftsgerichts zur Verhängung von Ordnungsstrafen gegen den Inhaber der elterlichen Gewalt zu treffen.

5. Der § 200 in Verbindung mit einschlagenden landesgesetzlichen Ergänzungsvorschriften.

*Gräsel, ThürBl. **51** 120: Die Grundlage für ein in Vormundschaftssachen im Wege der Rechtshilfe beim ersuchenden Gericht einzuleitendes (z. B. die Herausgabe eines Mündels betreffendes) Zwangsvollstreckungsverfahren hat eine vom Vormundschaftsgerichte zu erlassende, dem Auftrage für den Vollstreckungsbeamten, der sie der von der Amtshandlung betroffenen Person vorzeigen soll, in Ausfertigung und mit der Bescheinigung, daß sie mit der Zustellung wirksam, also „vollstreckbar" wird, beizufügende gerichtliche Verfügung zu bilden. Als eine solche Verfügung ersetzend kann ein bloßes Ersuchen des Vormundschaftsgerichts, etwa dahin gehend: „den bei dem Schlosser Friedrich R. in Z. in Erziehung und Pflege befindlichen minderjährigen Knaben Karl K. dem genannten Pflegevater auf den vom Vormunde Bl. 15 b der beifolgenden Akten gestellten Antrag durch einen Gerichtsdiener abnehmen und dem Vormunde zuführen zu lassen" nicht angesehen werden. —

6. KG., RJA. **4** 28, ZBlFrG. **4** 539, KGJ. **27** A 56, OLG. **8** 242: Landesrechtliche Vorschriften, wonach das Registergericht bei Ablehnung einer Eintragung in das Handelsregister die Gründe der Ablehnung mitzuteilen hat, sind zulässig. Insbesondere § 25 FrGG. steht nicht entgegen.

7. *Rietsch, ÖstNotZ. 04 307, hält (gegen Dorner, BuschsZ. 28 241) dafür, daß gerichtliche oder notarielle Urkunden auch außerhalb des örtlichen Zuständigkeitsbezirkes aufgenommen werden können, ohne nichtig zu sein. Die entgegengesetzten Bestimmungen der Landesgesetze stehen im Widerspruche mit dem Reichsrechte, da § 200 sich auch auf die örtliche Zuständigkeit d. h. die Einhaltung des Amtsbezirkes (vgl. o. zu § 3) bezieht.

8. Dorner, R. 00 473, 505: Verstöße gegen reichsgesetzliche Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte und Notare zu Beurkundungen machen die Urkunde, vorbehaltlich der Vorschriften über Beurkundung prozessualer Rechtsgeschäfte unwirksam. Dagegen sind Verstöße gegen die entsprechenden landesgesetzlichen Vorschriften auf die Gültigkeit der Urkunde ohne Einfluß, sofern nicht das Landesgesetz selbst an den Verstoß die Folge der Ungültigkeit knüpft. Die reichsgesetzliche Regel, derzufolge den landesgesetzlichen Vorschriften lediglich der Charakter von Ordnungsvorschriften innewohnt, bleibt in Kraft, wenn, wie tatsächlich der Fall, die Landesgesetze die Folgen einer Verletzung nicht abweichend bestimmt haben.

Konkursordnung.

Erstes Buch. Konkursrecht.

Erster Titel. Allgemeine Bestimmungen.

Vorbemerkung: Während im vorigen Bande des Jahrbuchs über die Ergebnisse der Rechtslehre und Rechtsprechung aus der Zeit von 1900 bis mit 1903 zu berichten war, ist diesmal nur eine Übersicht über das Jahr 1904 zu geben. Gleichwohl ist der Stoff verhältnismäßig reich. Die Verarbeitung des alten mit dem neuen Rechte erfordert einen Aufwand erheblicher Mühe. Der Konkurs ist ein Prüfstein für alle Rechte und Rechtsverhältnisse. Noch sind nicht alle Rechtsinstitute des neuen materiellen Rechtes im Spiegel des Konkursrechts betrachtet worden. Diese Betrachtung ist aber im Berichtsjahre um ein wesentliches Stück gefördert worden. Hervorzuheben sind hier insbesondere die Abhandlungen von Quaatz (AbürgR. 24) und von Rosenmeyer (BuschsZ. 32). Jener behandelt den Konkurs der Ehefrau, dieser den des Erben, zu dessen Masse der Nachlaß gehört.

Literatur: Neu aufgelegt wurden die Kommentare von Jaeger und von v. Wilmowski ferner Fitting, Das Reichskonkursrecht. — Jaeger, Streifzüge durch die systematische Literatur des neuen Konkursrechts. Holdheims MSchr. 04 1 ff. — Lemasson, De la réhabilitation des commerçants en faillite ou en liquidation indiciaire. Caen 1904. — Naucke, Leitfaden für Konkursverwalter. Leipzig 1904. — Karl Meyer, Konkurs- und anfechtungsrechtliche Fragen aus der Praxis. JW. 04 21 ff. — Meyerhoff, Das richterliche Dezernat in Konkurs- und Immobiliarzwangsvollstreckungssachen. Berlin 1904. — Rudolf Pollack, Die jüngste Rechtsprechung des obersten österreichischen Gerichtshofes auf Grund der KO. vom 27. Dezember 1868 und des Anfechtungsgesetzes in den Jahren 1898 bis 1901. Wien 1904. — Schultzenstein, Über die Befugnis des Zwangsverwalters und des Konkursverwalters zum Gewerbebetriebe statt des Schuldners, BuschsZ. 33 447—510. Senft, Die Verwaltung von Konkursen nach der Reichskonkursordnung. 5. Aufl. Berlin 1904.

§ 1. 1. Kohler, AzivPr. 95 339: Die Konkursgemeinschaft ist keine juristische Person, sondern eine Gemeinschaft mit Vermögen zur gesamten Hand.

2. *Schultzenstein, BuschsZ. 33 466—471: Gewerberechte bilden einen Teil des der Zwangsvollstreckung unterliegenden Vermögens des Gemeinschuldners, fallen auch nicht unter den Abs. 4. Sie gehören daher, wenn bereits vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vom Gemeinschuldner begonnen, zur Konkursmasse.

3. v. Tuhr, JheringsJ. 48 32: Die Anweisung ist kein Vermögensstück, sondern eine bloße Erwerbsmöglichkeit. Sie gehört deshalb nicht zur Masse des Anweisungsempfängers.

4. KG., KGBl. **04** 7, R. **04** 143 (686): Auch die nach der Eröffnung fällig werdenden Renten des Gemeinschuldners aus vorher entstandenen Versicherungsansprüchen gehören zur Masse.

5. OLG. Dresden, SächsA. **14** 504: Hatte der Gemeinschuldner sich gegenüber einem Hypothekengläubiger verpflichtet, aus einer diesem im Range vorgehenden Eigentümergrundschuld keine Rechte geltend zu machen, so kann der Verwalter die Eigentümergrundschuld nicht zur Masse ziehen. Es liegt zwar kein Verzicht auf das dingliche Recht selbst, sondern nur Verzicht auf Ansprüche vor, die daraus fließen. Ein solcher Verzicht ist an keine Form gebunden. Ist er wirksam erfolgt, so gehören die aufgegebenen Ansprüche nicht mehr zum Vermögen des Gemeinschuldners. Wenn auf Grund der Eigentümergrundschuld dem Verwalter im Zwangsversteigerungsverfahren etwas zugeteilt würde, würde die Masse bereichert werden.

6. Quaatz, AbürgR. **24** 35, 36: Die Früchte des Frauengutes gehören beim gesetzlichen Güterstande (§ 1411 BGB.) zur Konkursmasse der Frau, soweit nicht § 861 ZPO. eine Grenze zieht. Im Konkurse einer Ehefrau, die im gesetzlichen Güterstande lebt, kann der Verwalter zunächst das Eingebrachte verwerten und unter die unbeschränkten Gläubiger verteilen, das Vorbehaltsgut zunächst aber unangetastet lassen. Der Mann kann dem nicht widersprechen. Die Ansprüche aus § 1417 BGB. bestehen nicht gegen den Verwalter. Hat der im gesetzlichen Güterstande lebende Ehemann verbrauchbare Sachen für sich veräußert, so hat er zur Konkursmasse der Frau sofort Ersatz zu leisten (§ 1411 Abs. 2 BGB.).

Hat eine in Gütertrennung lebende Frau ihr Vermögen dem Manne zur Verwaltung überlassen, so kann der Verwalter die Herausgabe der Früchte zur Masse verlangen. So Quaatz, AbürgR. **24** 31 gegen Planck Erl. 1a zu § 1430 BGB.

7. **RG.** VII. 18. 12. 03, APrivVers. Veröffentl. **3** 65: Durch den Abschluß eines Lebensversicherungsvertrags zugunsten eines Dritten, erlangt dieser Dritte noch kein festes und unentziehbares Recht. Erst wenn feststeht, daß der Versicherungsnehmer bis zum Versicherungsfalle seinen Willen nicht geändert hat, oder wenn er einen besonderen die Widerruflichkeit des Erwerbs ausschließenden Rechtsakt vornimmt, liegt ein unentziehbarer Rechtserwerb vor, den auch der Konkursverwalter zu achten hat.

8. **RG.** VII. 5. 1. 04, APrivVers. Veröffentl. **3** 65: Ist beim Lebensversicherungsvertrage, der zugunsten der Ehefrau geschlossen wurde, in den Versicherungsbedingungen bestimmt, daß im Falle der Selbstentleibung des Versicherten die Versicherung auf den Todesfall außer Kraft trete, gleichwohl aber die volle Prämienreserve gewährt werden solle, so ist nicht der Nachlaßkonkursverwalter des Selbstmörders, sondern dessen Frau zum Empfange der Prämienreserve berechtigt.

9. *Schultzenstein, BuschsZ. **33** 504, 505: Abs. 2 bedeutet hinsichtlich der zum Betrieb einer Apotheke unentbehrlichen Geräte, Gefäße und Waren (§ 811 Nr. 9 ZPO.) nur, daß der Konkursverwalter darüber wie über die sonstige Konkursmasse verfügen kann, aber nicht, daß er die Befugnis zum Betriebe des Apothekengewerbes statt des Gemeinschuldners stets und ohne weiteres habe.

OLG. Dresden, SächsOLG. **25** 251: Daß eine Sache nicht zur Masse gehöre, weil sie unpfändbar ist, hat der Gemeinschuldner im Wege der Klage gegen den Verwalter geltend zu machen.

OLG. Dresden, SächsOLG. **25** 553: Die Freigabe aus der Masse erfolgt durch eine formlose Erklärung des Verwalters gegenüber dem Gemeinschuldner.

§ 3. 1. **RG.** JW. **04** 558 Nr. 21: Hat sich der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung zu einer Vertragstrafe verpflichtet, sie aber durch eine Zu=

widerhandlung nach der Eröffnung verwirkt, so kann der Anspruch auf Zahlung der Strafe nicht als Konkursforderung geltend gemacht werden.

2. Rosenmeyer, BuschsZ. **32** 267: Ist dem Gemeinschuldner nach der Eröffnung eine Erbschaft angefallen, so werden die Nachlaßgläubiger nicht Konkursgläubiger.

3. **RG. 56** 195, JW. **04** 241 N. 22, R. **04** 316: Die Befriedigung von Konkursgläubigern in anderer Weise als in dem gesetzlichen Verteilungsverfahren liegt außerhalb der Aufgaben des Konkursverwalters. Die Bevorzugung eines nichtbevorrechtigten Konkursgläubigers vor den übrigen läuft dem Zwecke und Ziele des Konkurses schnurstracks zuwider. Deshalb ist es unstatthaft, daß der Verwalter an einen Konkursgläubiger eine zur Masse gehörige Forderung abtritt, damit er anstelle der bloßen Dividende dadurch volle Befriedigung erlange.

4. Quaatz, AbürgR. **24** 31: Im Konkurse der in getrennten Gütern lebenden Ehefrau kann der Mann einen Beitrag zum ehelichen Aufwande (§ 1427 BGB.) aus der Masse nicht verlangen.

5. **RG.** JW. **04** 417 Nr. 36: Der Konkursgläubiger ist nicht Dritter im Sinne von § 25 Abs. 2 HGB.

§ 4. Literatur: Jäger, Betreibung der Liegenschaftsvollstreckung durch absonderungsberechtigte Konkursgläubiger. R. **04** 590.

1. **RG.** V 1. 7. 03 **55** 158: Das Bestehen einer zur Tabelle festgestellten Forderung ist von Konkursgläubigern auch im Verfahren über die abgesonderte Befriedigung nicht mehr in Frage zu ziehen.

2. OLG. Dresden, ZBlFrG. **5** 720: Wird gegen den Verwalter ein Zahlungsbefehl auf Zahlung von Hypothekenzinsen erwirkt, dabei aber nicht ausdrücklich erklärt, daß lediglich der dingliche Anspruch verfolgt werde, so erhellt dies doch in unzweideutiger Weise aus den Umständen. Deshalb ist bei der Bestimmung des geringsten Gebots der Rang des verfolgten dinglichen Rechtes maßgebend; es ist nicht so zu halten, als werde das Zwangsversteigerungsverfahren wegen einer bloß persönlichen Forderung gegen den Gemeinschuldner betrieben. Der letzten Annahme würde auch § 14 KO. entgegenstehen.

3. Quaatz, AbürgR. **24** 38 vgl. aber 44: Im Konkurse einer verwaltungsgemeinschaftlichen Ehefrau sind die unbeschränkten Gläubiger nicht als absonderungsberechtigt in bezug auf das Eingebrachte anzusehen. Sie haben keinen Anspruch auf Ausschließung der Vorbehaltsgläubiger vom Eingebrachten.

4. Sievers, SächsA. **14** 301: Die Klage auf Gestattung der Befriedigung aus einem kaufmännischen Zurückbehaltungsrechte (§ 371 Abs. 4 HGB.) ist gegen den Verwalter zu richten.

§ 6. 1. Rechtsstellung des Verwalters.

a) Bondi, BuschsZ. **32** 231: Der Verwalter hat nötigenfalls auch Offenbarungseide für die Masse zu leisten.

b) **RG. 56** 396, JW. **04** 186 Nr. 37: Die Bekanntmachung der Veranlagung zu den dinglichen Straßenbaukosten (§§ 61 ff. des preuß. Kommunalabgabenges.) ist nach der Konkurseröffnung dem Verwalter als dem berechtigten Vertreter des Grundstücks zuzustellen.

c) **RG.** I 15. 10. 04, JW. **05** 28 Nr. 38, DNotVZ. **5** 84: Der Konkursverwalter kann den Notar dann wirksam von der Verschwiegenheitspflicht entbinden, wenn die Aufklärung der in Frage stehenden Tatsache für die Masse von Bedeutung ist und die Ausübung des Verfügungs- und Verwaltungsrechts beeinflußt. Der Verwalter muß die Befugnisse haben, ohne die er seine Aufgabe nicht lösen kann.

d) OLG. Darmstadt, DJZ. **04** 128: Der Verwalter kann den Anwalt des Gemeinschuldners nicht von der Verschwiegenheitspflicht entbinden. Der

Anspruch auf Verschwiegenheit gehört nicht zur Masse. Das Strafantragsrecht (§ 300 StGB.) bleibt dem Gemeinschuldner. Das gilt auch im Konkurse einer G. m. b. H.

e) *Weigelin, Recht zur Aufrechnung 73, 80, N. 34, 97, 99, N. 94: Infolge der Konkurseröffnung geht auch die Ausübung des Aufrechnungsrechts des Gemeinschuldners auf den Konkursverwalter über.

f) **RG. 56** 367, JW. **04** 112 Nr. 8: Die Aufrechnung ist dem Verwalter gegenüber zu erklären.

g) Der Ehemann hat bei gesetzlichem Güterrechte (§ 1373 BGB.) dem Verwalter im Besitze zu weichen. So Quaatz, AbürgR. **24** 32 gegen Schröder, ehel. Güterrecht 32 und Planck IV 165.

h) OLG. Dresden, SächsA. **14** 647: Der Konkursverwalter einer handeltreibenden Ehefrau ist berechtigt, eine zum eingebrachten Gute gehörende Forderung ohne Rücksicht auf das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Ehemanns einzuziehen (§ 1412 BGB.).

i) **RG. 56** 195, JW. **04** 241, R. **04** 316 (1433): Der Verwalter kann Geschäfte, die Gläubigerbevorzugungen bedeuten und dem auf die gleichmäßige Verwendung der Masse zum Besten aller Gläubiger gerichteten Ziele des Verfahrens zuwiderlaufen, mit Wirksamkeit nicht vornehmen.

k) **RG.** DJZ. **04** 1186: Im Genossenschaftskonkurse ist der Verwalter nicht befugt, die Forderung auf Zahlung von Nachschüssen (§§ 105, 113, 114 GenG.) zu veräußern.

l) **RG. 55** 265: Der Konkursverwalter gilt nur dann als Arbeitgeber im Sinne von § 1 des GewGG., wenn er in den Arbeitsvertrag eingetreten ist oder als eingetreten zu gelten hat. Als gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners ist er nicht anzusehen; er übt vielmehr ein ihm gesetzlich übertragenes selbständiges Amt aus. Darum ist er nicht ohne weiteres als Arbeitgeber anzusehen.

m) StA. b. OLG. Dresden, 11. 7. 05 in Sachen St.A. VII 56/05: Ist gegen den Gemeinschuldner vor der Eröffnung ein Betrug verübt worden, so gilt der Verwalter nicht als Verletzter im Sinne von § 170 StPO.

➳ Wenn der durch die unerlaubte Handlung begründete Anspruch zur Masse gehört, dürfte das Gegenteil richtig sein. ⬸

n) *Schultzenstein, Buschs Z. **33** 447 ff.: Der Konkursverwalter darf nicht mit dem Vermögen, welches die Konkursmasse bildet, und in dessen Benutzung selbständig einen Gewerbebetrieb beginnen, sondern kann nur einen vom Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Konkursverfahrens bereits begonnenen Gewerbebetrieb fortsetzen. Hierbei findet eine gewerberechtliche Stellvertretung des Gemeinschuldners durch ihn statt. Bei den Gewerben, bei denen nach den Grundsätzen des Gewerberechts keine Stellvertretung möglich ist, ist daher auch ein Betrieb durch den Konkursverwalter nicht möglich, und wo der Betrieb möglich ist und ausgeübt wird, kommt zur Anwendung, was das Gewerberecht über die gewerbliche Stellvertretung bestimmt. Er erledigt sich also mit dem Tode des Gemeinschuldners und jeder anderen Endigung des Gewerberechts für diesen (Konzessionsentziehung, Untersagung oder Aufgabe des Gewerbebetriebs usw.). Der Konkursverwalter kann ferner für den Gewerbebetrieb sich oder dem Gemeinschuldner keinen Stellvertreter bestellen; er hat den Erfordernissen eines gewerblichen Stellvertreters zu genügen, gegen ihn darf wie sonst gegen einen solchen polizeilich eingeschritten werden, und er muß alle öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Pflichten eines gewerblichen Stellvertreters erfüllen mit den gewöhnlichen Folgen bei einer Verletzung dieser Pflichten. Auf der anderen Seite hindert der Betrieb eines Gewerbes durch den Konkursverwalter das Erlöschen der dazu erteilten Genehmigung zugunsten des Gemeinschuldners.

Betrieb einer Apotheke durch den Konkursverwalter a. a. O. 503—508.

Bedeutung der Frage nach der Befugnis des Konkursverwalters zum Gewerbebetriebe statt des Gemeinschuldners für die nach der Rechtsstellung des Konkursverwalters überhaupt a. a. O. 475, 476.

Wegen des Schankgewerbebetriebs durch den Zwangsverwalter teilweise a. M. KG. 4. 1. 04, DJZ. **04** 607 (53).

2. Rechtsstellung des Gemeinschuldners.

a) Marcus, R. **04** 500: Der Konkurs eines Wechselverpflicheten hindert nicht, daß er mit anderen Wechselverpflichteten an seinem Wohnorte verklagt wird (§ 603 Abs. 2 ZPO.).

b) **RG.**, JW. **04** 420 Nr. 40: Hat der Gemeinschuldner dem Pfandnehmer ein unterschriebenes Verpfändungsformular vor der Eröffnung mit der unbedingten Ermächtigung übergeben, es abredegemäß auszufüllen, so wird dessen Befugnis hierzu nicht durch die nachmalige Konkurseröffnung beeinträchtigt. Die Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners steht überhaupt nicht mehr in Betracht. Er hat die Verfügung bereits durch die Aushändigung des Formulars getroffen. Die Hingabe des unterschriebenen Formulars enthielt eine von der nachfolgenden Erfüllung der Bedingung der Ausfüllung abhängige Verpfändungserklärung. Sobald diese Ausfüllung erfolgt, ist es so anzusehen, als sei sie bereits im Zeitpunkte der Hingabe des unterschriebenen Formulars geschehen.

c) OLG. Colmar, R. **04** 453 Nr. 1911: Verbürgt sich ein Dritter für den Fall des Zustandekommens eines Zwangsvergleichs für die Zahlung der Vergleichssumme und verspricht ihm der Gemeinschuldner dafür ein Pfandrecht an bestimmten Gegenständen, so ist dieser Vertrag nicht ungültig.

d) Josef, DNotV. **4** 134 ff., R. **04** 399: Das Schweben des Konkurses hindert den Gemeinschuldner daran, gemäß § 86 FGG. auf gerichtliche Vermittelung der Erbauseinandersetzung anzutragen.

e) Schöller, DJZ. **02** 165; Kretzschmar, ZBlFG. **2** 815 gegen Reichel, JheringsJ. **46** 130: Nach der Konkurseröffnung kann der Gemeinschuldner nicht mehr Grundbucheinträge beantragen oder bewilligen.

f) Über den Einfluß des Konkurses auf das registerrichterliche Ordnungsstrafverfahren s. Marcus, HoldheimsMSchr. **04** 115.

g) Quaatz, AbürgR. **24** 41: Die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung ins eingebrachte Gut der Frau eines Gemeinschuldners ist gegen diesen zu richten.

h) SächsOLG. **26** 172 (Dresden): Auch wenn die Zwangsverwaltung eines Massegrundstücks angeordnet ist, kann die Eigentumsklage auf Freigabe von Zubehörstücken gegen den Konkursverwalter gerichtet werden. Dieser übt den mittelbaren Besitz anstelle des Gemeinschuldners aus.

§ 7. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 124, R. **05** 168 (744): Der Gemeinschuldner hat während eines nachmals aufgehobenen Konkurses Massebestandteile an seine (gütergemeinschaftliche) Frau verkauft. In dem zweiten hiernach eröffneten Konkursverfahren ist der Verwalter nicht befugt, die Unwirksamkeit dieser Veräußerung nach § 7 geltend zu machen. Möglicherweise ist die Veräußerung nach §§ 29 ff. anfechtbar.

§ 8. v. Tuhr, JheringsJ. **48** 27: Zahlt der Angewiesene seine Schuld ohne Kenntnis vom Konkurse über das Vermögen des Anweisenden an den Anweisungsempfänger, so befreit er sich.

§ 9. Rosenmeyer, BuschsZ. **32** 267: Ist Konkurs eröffnet und fällt dem Gemeinschuldner eine Erbschaft an, so fällt diese nicht in die Masse.

§ 10. OLG. Hamburg, HansGZ. **04** Beibl. 106, R. **04** 453 Nr. 1912: Die Parteirolle des Gemeinschuldners gibt in der Regel, aber nicht unbedingt

den Ausschlag. War ein vorläufig vollstreckbares, aber am Eröffnungstage noch nicht rechtskräftiges Urteil bereits vollstreckt worden, so bildet der eventuelle Anspruch auf Rückerstattung einen Bestandteil der Masse. Bei dieser Prozeßlage ist also zu sagen, daß eine Rechtsstreitigkeit für den Gemeinschuldner anhängig sei. — Für die Ablehnung der Aufnahme ist keine Form vorgeschrieben, sie kann also in jeder beliebigen rechtsverbindlichen Form erfolgen.

§ 14. **RG. 56** 145, R. **04** 338 (1566): Hat der Schuldner zur Abwendung einer Arrestvollstreckung Sicherheit geleistet, so kann der Arrest auch nach der Eröffnung noch bestätigt werden und zwar selbst dann, wenn ihn die erste Instanz aufgehoben hatte und seine Bestätigung bei der zweiten Instanz nachgesucht wird.

Quaatz, KohlersA. **24** 41: Zur Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung ist der Gläubiger einer verwaltungsgemeinschaftlichen Ehefrau gegenüber dem Manne auch nach der Konkurseröffnung noch befugt.

§ 15. Josef, AzivPr. **96** 207: Ist die Eintragung einer Hypothek vor der Eröffnung beantragt, aber nachher erfolgt, so ist sie auch den Konkursgläubigern gegenüber wirksam.

Sievers, SächsA. **14** 302: Nach der Konkurseröffnung kann ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht nicht mit Wirkung gegen die Konkursgläubiger an Massegegenständen begründet werden. Wer also z. B. Wertpapiere des Gemeinschuldners inne hat und einen Wechsel, woraus ihm der Gemeinschuldner haftet, nach der Eröffnung einlöst, ist nicht absonderungsberechtigt.

Zweiter Titel. Erfüllung der Rechtsgeschäfte.

Vorbemerkung: Der „zweiseitige Vertrag" und die konkursrechtlichen Folgen seiner Nichterfüllung haben die höchsten Gerichte mehrfach beschäftigt. In einigen Fällen stand der Begriff des zweiseitigen Vertrags in Frage. Mit Recht hat das RG. in dem Urteile vom 17. 5. 04 das im modernen Verkehre so häufige, gesetzlich aber wenig ausgestaltete Sukzessivlieferungsgeschäft als einen einheitlichen zweiseitigen Vertrag bezeichnet. Hochinteressant sind die Ausführungen des RG. über das Verhältnis des Verwalters zu den vom Gemeinschuldner geschlossenen Dienstverträgen in dem Urteile vom 10. 7. 03. Diese Ausführungen sind eine bedeutsame Erläuterung der rechtlichen Stellung des Verwalters überhaupt. Mit Recht hat die Rechtsprechung schließlich angenommen, daß der Verwalter, der die Vertragserfüllung ablehnt, die vor der Eröffnung bewirkte Teilleistung des Gemeinschuldners nicht zurückfordern dürfe. Jeder Verwalter wird im Hinblick auf diese Entscheidungen sorgfältig berechnen müssen, ob es für die Masse vorteilhafter ist, durch ein kleines Opfer in den Besitz der Gegenleistung zu kommen, oder ob die Last der Gegenleistung und ihrer Verwertung für die Masse zu unbequem ist.

Literatur: Graf Vitzthum von Eckstordt. Der Lebensversicherungsvertrag und der Konkurs des Versicherten. VersWiss. 4 Heft 3.

§ 17. 1. **RG.** R. **04** 556 Nr. 2426: Verlangt der Verwalter die Erfüllung eines zweiseitigen Vertrags, so übernimmt er ihn in vollem Umfange. Verlangt er rechtsirrtümlich, aber in erkennbarer Weise nur eine teilweise Erfüllung, erklärt er etwa, daß er die Gegenleistung für die an den Gemeinschuldner vor der Eröffnung bewirkten Leistungen ablehne und nur die künftigen Leistungen bezahlen wolle, so hat das keine Wirkung.

2. **RG. 56** 238, SeuffA. **59** 483 Nr. 281, JW. **04** 120 Nr. 23; OLG. Braunschweig, SeuffA. **59** 128, BraunschZ. **50** 170: Wird ein von beiden Teilen teilweise erfüllter Vertrag infolge der Konkurseröffnung nicht weiter erfüllt, so ist jeder Teil berechtigt, die vom anderen empfangene, in sein Eigentum übergegangene Leistung zu behalten. Ein Rückforderungsrecht, das auf einem anderen Grunde als der infolge des Konkurses eintretenden Nichterfüllung beruht, z. B.

auf einem Eigentumsvorbehalte oder einer Verwirkungsklausel, wird dadurch nicht berührt.

3. OLG. Breslau, R. **04** 170 Nr. 827: Wenngleich der Verwalter es ablehnt, in einen gegenseitigen Vertrag des Gemeinschuldners einzutreten, so erlöschen doch nicht die dem Gemeinschuldner aus dem Verhalten des Vertragsgegners bereits erwachsenen Ansprüche.

4. **RG.** 17. 5. 04 JW. **04** 392 Nr. 23, 559 Nr. 22, R. **04** 453 Nr. 1913: Ein Sukzessivlieferungsgeschäft ist ein einheitlicher zweiseitiger Vertrag; es sind nicht verschiedene Schlüsse in bezug auf die einzelnen Lieferungsraten anzunehmen. Verlangt der Konkursverwalter die Erfüllung eines Sukzessivlieferungsvertrags, so hat er auch die vor der Eröffnung aus diesem Vertrage entstandenen Ansprüche als Masseforderungen zu befriedigen. Es ist aber zu untersuchen, wie der Verwalter sein Erfüllungsverlangen meint. Fordert er damit nur die rückständigen Raten und will er nicht in den Vertrag als Ganzes eintreten, so ist seine Erklärung rechtlich wirkungslos. War er der Meinung, daß nicht ein einheitlicher zweiseitiger Vertrag, sondern mehrere Geschäfte vorlagen, so kann er nach § 119 BGB. seine Erklärung anfechten.

5. **RG. 55** 86, APrivVers Veröffentl. **2** 155: Wenn der Hauptversicherer in Konkurs gerät, so hat der Rückversicherer wegen eines vor der Eröffnung eingetretenen Schadens die entsprechende Rückversicherungssumme sofort nach der Feststellung der vom Hauptversicherten angemeldeten Forderung an die Masse einzuzahlen.

OLG. Hamburg, APrivVers. Veröffentl. **2** 137: Im Konkurse einer Versicherungsaktiengesellschaft braucht es sich der Versicherte nicht gefallen zu lassen, wenn ihm der Verwalter die Fortsetzung des Versicherungsverhältnisses durch eine Gegenseitigkeitsgesellschaft anbietet. Dies ist nicht das Angebot der Vertragserfüllung.

6. Gegenseitiger Vertrag auf Kreditgewährung s. u. Ziff. 2 zu § 23.

§ 19. 1. **RG. 56** 245, JW. **04** 97 Nr. 25: Das Kündigungsrecht des Konkursverwalters kann nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen oder über das Gesetz hinaus beschränkt werden. Kürzere Kündigungsfristen sind zulässig; es ist insbesondere statthaft für den Fall der Konkurseröffnung die sofortige Lösung des Pachtverhältnisses zu vereinbaren. Wenn auch der Verwalter auf das gesetzliche Kündigungsrecht nicht verzichten kann, so steht doch ein solcher Verzicht dem Vertragsgegner frei, mag er Pächter oder Verpächter sein. Die Kündigung braucht nicht zum nächsten möglichen Termine nach der Eröffnung erfolgen. Vielmehr wird das Pachtverhältnis durch die Konkurseröffnung ein dauernd kündbares.

2. Regelsberger, Iherings J. **48** 455: Sind Räume mit Dampfkraft gemietet, so unterfällt auch die Vereinbarung über die Lieferung der Dampfkraft den Vorschriften über das Mietverhältnis selbst dann, wenn dafür die Vergütung besonders bestimmt war.

§ 20. *Altvater, AzivPr. **95** 379—430: Das Rücktrittsrecht des § 20 steht dem Verpächter auch bei einem Pachtabstand zu, falls der Abstandnehmer (vgl. JDR. **3** Ziff. 3 zu § 415 BGB.) vor Überlassung der Pachtung fallit geworden ist. Tritt der Verpächter zurück, so muß der bisherige Pächter auch fernerhin im Vertrage verbleiben.

§ 22. **RG.** 10. 7. 03 **55** 265: Das Gesetz bestimmt nicht, daß der Verwalter rechtsnotwendig in die bestehenden Dienstverhältnisse eintrete. Ein stillschweigender Eintritt liegt nicht schon in der Annahme von Diensten während einiger Tage nach der Eröffnung. Der Verwalter kann und braucht sich über den Eintritt nicht im Augenblicke der Eröffnung zu entschließen.

§ 23. 1. Quaatz, ABürgR. **24** 31: Hat die in Gütertrennung lebende Frau dem Manne ihr Vermögen zur Verwaltung überlassen (§ 1430 BGB.), so führt der Mann die Verwaltung kraft Auftrags. Dieser erlischt mit der Eröffnung.

2. Lippmann, Iherings J. **48** 354: Ein gegenseitiger Vertrag auf Kreditgewährung erlischt infolge der Konkurseröffnung nicht von selbst, mag nun über das Vermögen des Auftraggebers oder des Beauftragten der Konkurs ausbrechen. Es entscheidet vielmehr das Ermessen des Verwalters. — Liegt ein einseitiger Kreditauftrag vor, so hat der Konkurs des Auftraggebers gleichfalls nicht sein Erlöschen ohne weiteres zur Folge.

Vgl. hierzu RG. VI 5. 11. 03, JW. **04** 37 Nr. 3.

3. v. Tuhr, Iherings J. **48** 26: Infolge der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Anweisenden erlischt die Anweisung. Dabei ist es unerheblich, daß der Angewiesene nicht auf Grund einer vertragsmäßigen Verpflichtung handelt, sondern kraft Gestattung. Das Gesetz will nicht, daß die Masse durch solche Handlungen Dritter belastet werde, die kraft einer vom Gemeinschuldner erteilten Erlaubnis auf sein Vermögen zurückwirken.

4. Jacusiel, Das Recht der Agenten, Mäkler und Kommissionäre I 77: Das Agenturverhältnis erlischt, wenn über das Vermögen des Geschäftsherrn der Konkurs eröffnet wird. Trotz des Erlöschens hat der Agent die Besorgung der übertragenen Geschäfte fortzusetzen, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist (§ 672 BGB.).

5. Bernau, Iherings J. **44** 254: Im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Aktiengesellschaft können die Aufsichtsratsmitglieder ihr Amt ohne weiteres niederlegen. Die Konkurseröffnung löst das Vertragsverhältnis.

§ 26. 1. OLG. Stettin, PosMschr. **04** 57, R. **04** 316 (1435): Der Aufruf eines Geschäfts durch den Verwalter gibt dem anderen Vertragsteile das Recht, die Ware durch einen Makler ohne Benachrichtigung des Verwalters versteigern zu lassen und den Mindererlös als Schaden geltend zu machen.

2. Jacusiel, Das Recht der Agenten, Mäkler und Kommissionäre I 77: Der Handlungsagent ist berechtigt, wegen der Aufhebung des Agenturverhältnisses Schadensersatz zu verlangen.

3. OLG. Dresden, SächsOLG. **25** 353: Hält der Verwalter einen vom Gemeinschuldner geschlossenen Mietsvertrag nicht aus und verlangt der Vermieter Schadensersatz, so ist dessen Höhe weder durch die des Mietzinses für die ganze Vertragszeit gegeben, noch wegen der Möglichkeit einer Weitervermietung ungewiß und darum bedingt, sondern sofort nach freiem Ermessen zu schätzen. Für das Schätzungsergebnis geben die Umstände des einzelnen Falles den Ausschlag. Diese Umstände werden im einzelnen abgewogen.

4. OLG. Hamburg, APrivVers. Veröffentl. **2** 137: Wird durch die Konkurseröffnung ein Haftpflichtversicherungsverhältnis mit einer Versicherungsaktiengesellschaft aufgehoben, so ist der Versicherte berechtigt, mit einer anderen Aktiengesellschaft einen Versicherungsvertrag zu schließen und den etwaigen Mehrbetrag der Prämie, den er an diese auf die Zeit zu zahlen hat, wo ohne Konkurs noch der alte Vertrag laufen würde, als Konkursforderung geltend zu machen.

§ 27. 1. v. Tuhr, Iherings J. **48** 27: Kannte der Angewiesene die Konkurseröffnung und infolgedessen das Erlöschen der Anweisung nicht, so erwirbt er, abgesehen vom Falle der Anweisung auf Schuld, einen Regreßanspruch, der Konkursforderung ist.

2. Quaatz, AbürgR. **24** 31: Diese Vorschrift gilt auch, wenn die in Gütertrennung lebende Frau dem Manne ihr Vermögen zur Verwaltung überlassen hat (§ 1430 BGB.).

3. *Dochnahl, Der Handlungsagent in seiner Rechtsstellung nach früherem und jetzigem Rechte (Diss.) 125: Der Handlungsagent, welcher nach Eröffnung des Konkursverfahrens seine Tätigkeit gemäß § 672 Satz 2 BGB., weil mit dem Aufschub Gefahr verbunden wäre, fortsetzen muß, hat für seine nach Eröffnung des Verfahrens entstandenen Ersatzansprüche das Vorrecht des § 27.

Dritter Titel. Anfechtung.

Vorbemerkung: Der Streit um die Rechtsnatur der Anfechtung kann als erledigt gelten. Die oberstrichterliche Rechtsprechung hat sich der Hellwigschen Ansicht nicht angeschlossen; sie steht auf dem geschichtlich begründeten Standpunkte, daß durch die alienatio in fraudem creditorum zwischen dem Erwerber und den Gläubigern des Veräußerers ein Schuldverhältnis entstehe. Folgerichtig nimmt das RG. dann auch an, daß die Anfechtungsfrist nicht durch eine formlose Erklärung gewahrt werden könne, sondern verlangt die Zustellung einer Klage oder eines Schriftsatzes. Bemerkenswert, aber nicht zweifelsfrei ist die enge Auslegung, die das RG. dem § 41 angedeihen läßt. Die Anfechtungseinrede soll danach dem Verwalter nur gegenüber solchen Ansprüchen zustehen, die unmittelbar auf der anfechtbaren Rechtshandlung beruhen, nicht aber gegenüber solchen Ansprüchen, die sich lediglich mittelbar darauf gründen. Man wird abwarten dürfen, ob das RG. an dieser Ansicht festhält. Lebhaft erörtert und eingehend behandelt wurde in Aufsätzen insbesondere die Anfechtbarkeit der Eheverträge. Doch spielt diese Anfechtung auf dem Gebiete des Konkursrechts im Hinblick auf § 1419 BGB. keine sonderliche Rolle.

Literatur: Conradi, Über die Ausübung des Anfechtungsrechts im Konkurse, HessRspr. 5 102. — Voß, Über das materielle Verhältnis der Konkursanfechtung und der Gläubigeranfechtung nach eröffnetem Konkurse, Iherings J. **47** 233 ff. — Oertmann, Die Wirkung der Gläubigeranfechtung, Buschs Z. **33** 1 ff. — Wienstein, Können Scheingeschäfte usw., Gruchots Beitr. **48** 705.

§ 29. 1. OLG. Colmar, R. **04** 556 Nr. 2427: Auf ein im Ausland eröffnetes Verfahren kann im Inland eine Anfechtung nur insoweit gestützt werden, als eine derartige Anfechtung durch das ausländische Recht zugelassen ist.

2. **RG.** JW. **04** 559 Nr. 23: Voraussetzung der konkursmäßigen Anfechtung ist die Benachteiligung der Gläubiger. Wenn dies Erfordernis im Gesetze nicht ausdrücklich aufgestellt wird, so ist doch nicht davon abzusehen. Nur der Nachweis der Benachteiligung ist vom Verwalter nicht zu verlangen. Wenn aber der Anfechtungsgegner behauptet, daß eine Gläubigerbenachteiligung nicht vorliege, so darf ihm der angebotene Beweis nicht abgeschnitten werden.

3. **RG.** JW. **04** 491 Nr. 17: Der Gemeinschuldner ist nicht Träger des Anfechtungsanspruchs. Das Anfechtungsrecht ist im Interesse der Konkursgläubiger gewährt. Man kann annehmen, daß die Konkursgläubigerschaft als Rechtspersönlichkeit Inhaberin des Anfechtungsrechts sei oder daß dem Verwalter die Rechtsträgerschaft zukomme. Nach der Beendigung des Konkurses übernimmt der Gemeinschuldner den Prozeß nur im Kostenpunkte.

4. **RG.** SeuffA. **60** 87 Nr. 47: Der Anfechtungsgegner hat alles zur Masse zurückzugewähren, was er durch die anfechtbare Handlung daraus erlangt hat. Der Anfechtungsanspruch ist nicht durch die Höhe der festgestellten Forderungen beschränkt.

5. a) **RG.** R. **04** 388 Nr. 1743: Das Recht der Gläubigeranfechtung besteht nach wie vor in einem obligatorischen Anspruche auf Rückgewähr. Dem steht die Unterwerfung unter eine Ausschlußfrist nicht entgegen.

b) **RG.** VII. 29. 3. 04, JW. **04** 367 Nr. 34, R. **04** 453 Nr. 1914 gegen **RG.** V. 22. 10. 02 **52** 334: Der Anfechtungsanspruch ist ein obligatorischer

Rückgewährsanspruch, der durch die anfechtbare Handlung selbst, nicht durch die Anfechtungserklärung als Rechtsgeschäft begründet wird. Anfechtungsrecht und Anfechtungsanspruch fallen zusammen. Die zur Fristenwahrung erforderliche Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs ist nach wie vor eine gerichtliche. Die in einem vorbereitenden Schriftsatz enthaltene Anfechtungserklärung ist zur Wahrung der Ausschlußfrist nicht geeignet; sie ist nur die Ankündigung einer in der mündlichen Verhandlung geltend zu machenden Anfechtung. Vgl. dazu Hellwig, DJZ. **05** 249.

c) *Conradi, HessRspr. **5** 102: Die Anfechtung kann nur auf dem Wege der Klage erfolgen. Formlose Anfechtungserklärung nach analoger Anwendung der §§ 119, 120, 123 u. 143 BGB. genügt nicht. Beide Arten der Anfechtung sind ihrem Wesen nach grundsätzlich verschieden, denn die Anfechtung nach BGB. bestreitet das legale Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts infolge Irrtum, Drohung &c.; Anfechtender ist eine Partei; Ziel — Nichtigkeit von Anfang an und gegen Jedermann. Die Anfechtung im Konkurse dagegen — und nach Anfechtungsgesetz — geschieht durch Dritte. Das gültige Zustandekommen des Rechtsgeschäfts ist unbestritten; Ziel ist Aufhebung nur seiner Wirkung gegen die Konkursmasse. (Vgl. auch JDR. **3** Ziff. 2 zu § 143 BGB.)

d) OLG. Darmstadt, R. **04** 533 Nr. 2331, HessRspr. **5** 53: Eine formlose Erklärung des Verwalters ist als rechtswirksame Anfechtung anzusehen, wenn der Anfechtungswille damit deutlich ausgedrückt ist.

e) R. **04** 255 Nr. 1214 (Stuttgart): Die Anfechtung erfolgt durch einfache Erklärung des Verwalters gegenüber dem Gegner.

6. OLG. Stuttgart, WürttJ. **15** 50, R. **04** 338 (1567): Die Rechtshandlung kann nur im ganzen angefochten werden. Es ist nicht statthaft, eine einzelne die Gläubiger benachteiligende Vertragsbestimmung anzufechten.

7. *Karl Meyer, ZBlFrG. **5** 1 ff., JW. **04** 32: Güterrechtsverträge sind der Anfechtung nicht entzogen. Wie weit die Anfechtbarkeit reicht, das richtet sich nach dem Inhalte des Ehevertrags und den Umständen, unter denen er geschlossen wurde; zu vgl. Meikel, BayNotZtg. **04** 60 ff. und Ullmann, JW. **04** 129 ff.

8. *Sievers, SächsA. **14** 302: Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht kann nicht angefochten werden, wohl aber die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, wodurch es begründet worden ist.

9. **RG.** JW. **04** 499 Nr. 32: Fiduziarische Geschäfte, die lediglich den Zweck haben das Vermögen des Schuldners dem Zugriffe seiner Gläubiger zu entziehen, sind wegen ihres unsittlichen Zweckes nichtig.

10. *Wienstein, Gruchots Beitr. **48** 705: Scheingeschäfte unterliegen der Anfechtung, wenn die gesetzlich bestimmten Voraussetzungen zutreffen; dies ist wichtig wegen der aus dem Gesetze sich ergebenden persönlichen Verpflichtung des Anfechtungsgegners. Im übrigen — wenn die Anfechtungsgesetze nicht anwendbar sind — kann der Gläubiger zur Zwangsvollstreckung in die zum Schein veräußerten Gegenstände nur gelangen, wenn er den Anspruch des Scheinveräußerers auf Herausgabe pfänden läßt.

11. Wegen der Aufrechnung s. u. zu § 37.

§ 30. I. Ziff. 1: a) **RG.** JW. **04** 454, R. **04** 505 Nr. 2159: Die Zahlungseinstellung setzt voraus, daß das Nichtzahlen der Verbindlichkeiten in ihrer Allgemeinheit nicht nur auf Nichtwollen, sondern auf Nichtkönnen beruht.

RG. JW **04** 454 Nr. 11: Zahlungseinstellung liegt noch nicht vor, wenn der Schuldner aufhört, pünktlich und ordentlich zu zahlen. Wenn ein Schuldner zwar noch zahlungsfähig ist, aber nicht willens, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen, so liegt keine Zahlungseinstellung vor. Das Nichtzahlen muß auf einem Nichtkönnen beruhen.

RG. Gruchots Beitr. **49** 115, JW. **04** 135: Der Wille, die Zahlungen nicht einzustellen, ist rechtlich nicht erheblich, wenn die äußerlich erkennbare tatsächliche Unmöglichkeit vorliegt, vorhandene Verbindlichkeiten, deren Inhaber Zahlung verlangen, zu einem wesentlichen Teile zu befriedigen.

b) DJZ. **04** 320 Nr. 2 (Karlsruhe): Der Kenntnis der Zahlungseinstellung steht es gleich, wenn der Anfechtungsgegner einen Zustand, den jedermann nach den Umständen als den der Zahlungseinstellung ansehen müßte, geflissentlich nicht als solchen anerkennen wollte und sich in der unbestimmten Erwartung wiegte, der Schuldner werde ihn vielleicht doch überwinden.

OLG. Breslau, R. **04** 313 (1384): Hat der Beklagte seinem Anwalt anheimgestellt, ob er ein Urteil vollstrecken lassen wolle, so liegt darin eine bestimmte Weisung im Sinne von § 166 Abs. 2 BGB. Es ist deshalb nicht nur erheblich, ob der Anwalt zur Zeit der Zahlung die Zahlungseinstellung kannte; sondern es genügt auch, daß der Beklagte selbst um die Zahlungseinstellung wußte.

OLG. Dresden, OLG. **9** 125, SächsOLG. **26** 334: Wird der Gläubiger durch mehrere Anwälte vertreten, so schadet ihm die Kenntnis nur eines von der Zahlungseinstellung.

OLG. Colmar, OLG. **8** 33, ebenso OLG. Breslau R. **04** 316 (1436): Der Gerichtsvollzieher handelt sowohl bei der Vornahme der Pfändung als bei der Entgegennahme der Zahlung als Vertreter des Pfändungsgläubigers (§ 166 BGB.). Seine Kenntnis der Zahlungseinstellung schadet also dem Pfändungsgläubiger. (Vgl. auch JDR. **3** Ziff. 2a zu § 166 BGB.)

c) LG. Leipzig, BuschsZ. **35** 347, SächsOLG. **25** 244: Die Anfechtungsklage gegen eine Pfändung ist im Gerichtsstande des § 771 ZPO. zu erheben.

II. Ziff. 2. a) **RG.** **55** 321 (unter Bezugnahme auf **2** 374, **3** 395, **10** 33): Eine nach der Zahlungseinstellung erwirkte Arrestpfändung gewährt dem Gläubiger eine Sicherung, worauf er keinen Anspruch hat. Die prozessuale Möglichkeit der Sicherung der Forderung, die in den Arrestvorschriften geboten ist, kann nicht als Anspruch auf Sicherung angesehen werden.

b) OLG. Dresden, OLG. **9** 125, SächsOLG. **26** 334: Die Pfändung von Geld (§ 815 ZPO.) steht hinsichtlich der Anfechtung der Geldzahlung nicht gleich. Denn das Vollstreckungsverfahren ist mit der Wegnahme des Geldes nicht beendet. Es gehört dazu noch die Ablieferung des Geldes an den Gläubiger, die hier infolge der Hinterlegungsanordnung nicht erfolgte.

§ 31. 1. **RG.** SeuffA. **59** 175 Nr. 99: Über die Benachteiligungsabsicht kann dem Anfechtungsgegner der Eid zugeschoben werden. Er ist Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners in das anfechtbar erworbene Recht.

2. **RG.** JW. **04** 392 Nr. 24, R. **04** 453 Nr. 1915: Die Veräußerung einer Wechselforderung durch Indossament erscheint ohne weiteres (prima facie) als ein die Gläubiger benachteiligendes Geschäft. Der Verwalter braucht hierüber keinen weiteren Beweis zu führen. Der Anfechtungsgegner hat darzutun, daß der Wechselbegebung ein die Benachteiligung ausschließendes Geschäft zugrunde liegt, er hat insbesondere zu beweisen, daß das Grundgeschäft eine Vermehrung des Aktivvermögens oder eine Verminderung der Passiven des Gemeinschuldners herbeiführte.

3. Nußbaum, BuschsZ **35** 140: Teilt ein nicht rechtsfähiger Verein bei einer drohenden Zwangsvollstreckung sein Vermögen unter die Mitglieder auf, so ist dies anfechtbar. Die Mitglieder als einzelne sind im Verhältnisse zur Gesamtheit „der andere Teil" im Sinne des Gesetzes.

§ 32. 1. Ziff. 1. a) *Wilhelm Müller, JheringsJ. **48** 235: Die gemischte Schenkung ist zu den unentgeltlichen Verfügungen zu rechnen.

b) OLG. Posen, OLG. **8** 334, R. **04** 316 (1437): Der Begriff der unentgeltlichen Verfügung ist weiter als der der Schenkung und der Freigebigkeit. Darunter fallen alle Zuwendungen, wofür nach der Absicht beider Teile kein Entgelt gewährt werden soll. Die Beweggründe, der Zweck und der Erfolg, insbesondere die Bereicherung des Empfängers bleiben außer Betracht.

2. Ziff. 2. a) **RG.** JW. **04** 495 Nr. 24: Wenn der Gemeinschuldner zugunsten seiner Frau sein Leben versichert hatte, so stellen die gezahlten Prämien mittelbare Zuwendungen an die Frau dar. Falls die Frau dem Manne für den ihr zugewendeten Versicherungsanspruch kein Entgelt gewährt, liegt in der Prämienzahlung eine unentgeltliche Verfügung. Die Erstattung der Versicherungssumme kann der Verwalter von der Frau nicht verlangen, sondern in der Regel nur die in den letzten zwei Jahren gezahlten Prämien.

b) OLG. Stuttgart, WürttJ. **15** 338, R. **04** 338 (1568): Die Zahlung von Prämien auf Grund eines zugunsten der Frau geschlossenen Lebensversicherungsvertrags ist nicht anfechtbar.

c) *Ullmann, JW. **04** 129 ff.: Wird der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung durch Vertrag aufgehoben, dergestalt, daß an seine Stelle der Güterstand der Gütertrennung tritt, so werden zwar die Nutzungen des eingebrachten Gutes dem Manne entzogen; dennoch ist der Vertrag weder als unentgeltliche Verfügung, noch auf Grund sonstiger Bestimmungen über die Anfechtung von Rechtshandlungen anfechtbar. Denn weil das ehemännliche Verwaltungs- und Nutznießungsrecht unübertragbar und unpfändbar ist, weil ferner auch das Konkursverfahren über das Vermögen des Mannes nicht mehr dieses Recht umfaßt, wird durch die Aufgabe desselben den Gläubigern des Mannes ein pfändbarer Vermögensbestandteil nicht entzogen. Dem Manne wird durch den Ehevertrag nur die Möglichkeit genommen, einen der Pfändung unter Umständen unterliegenden Erwerb zu machen. Der Verzicht auf diese Möglichkeit des Erwerbes stellt sich lediglich als ein der Anfechtung entzogenes nolle acquirere, nicht als eine Verminderung des dem Zugriff der Gläubiger unterliegenden Vermögens dar.

Aus gleichen Gründen ist der Anfechtung die vertragliche Schaffung von Vorbehaltsgut entzogen.

§ 37. 1. *Wilhelm Müller, JheringsJ. **48** 235: Bei der gemischten Schenkung ist nur die Bereicherung zurückzugewähren.

*Weigelin, Recht zur Aufrechnung 83 Nr. 46: Der Anfechtungsgegner kann gegen eine Forderung auf Rückgewähr nicht eine ihm gegen den Gemeinschuldner zustehende Forderung aufrechnen.

2. Aus der Praxis:

a) **RG. 56** 142: Ficht der Verwalter eine Grundstücksveräußerung an, so kann er nicht Rückauflassung an den Gemeinschuldner verlangen. Die Rückgewähr erfolgt durch Duldung der Zwangsvollstreckung des Grundstücks. Im Sinne von § 17 ZVG. ist dann der Anfechtungsbeklagte als Schuldner anzusehen.

b) **RG.** DJZ. **04** 747 Nr. 67: Ist vom Anfechtungsgegner eine Forderung des Gemeinschuldners gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen worden und hat der Anfechtungsgegner die gepfändete Forderung dadurch realisiert, daß er sie gegen eine dem Drittschuldner an ihn zustehende Forderung aufrechnete, so ist diese Aufrechnung gültig. Die Rückgewähr hat durch Barzahlung zu erfolgen.

Über den Umfang der Rückgewährspflicht s. o. zu § 29.

§ 38. *Schlegelberger, Zurückbehaltungsrecht 189—191: Ein Zurückbehaltungsrecht steht dem Anfechtungsgegner zu, soweit er die von ihm hingegebene Gegenleistung aus der Masse fordern kann, dagegen nicht wegen Ver-

wendungen auf den zurückzugewährenden Gegenstand. Nach § 8 AnfGes. hat der Anfechtungsgegner auch wegen der Gegenleistung ein Zurückbehaltungsrecht nicht, weil er sich wegen dieser nur an den Schuldner halten darf, sein fälliger Anspruch also nicht gegen den Gläubiger gerichtet ist.

§ 41. 1. **RG. 56** 313, JW. **04** 121 Nr. 24: Dem Verwalter steht die Einrede nur zu, wenn der Anfechtungsgegner einen Anspruch erhebt, der unmittelbar auf der anfechtbaren Rechtshandlung beruht. Sie ist nicht gegeben gegenüber der Eigentumsklage, auch wenn der Eigentumserwerb auf einer anfechtbaren Handlung beruht.

2. **RG.** JW. **04** 496 Nr. 25, R. **04** 388 Nr. 1743: Eine formlose außerhalb des Prozesses abgegebene Erklärung genügt nicht zur Wahrung der Anfechtungsfrist.

3. **RG.** R. **04** 170 Nr. 828: Auf die Verjährung eines Anfechtungsanspruchs, die vor dem 1. Januar 1900 begonnen hat, aber nicht abgelaufen ist, finden die Bestimmungen des alten Rechts Anwendung.

Vierter Titel. Aussonderung.

Vorbemerkung: Die fiduziarischen und die zu Sicherungszwecken erfolgten Veräußerungen geben immer wieder Anlaß zur Erörterung von aussonderungsrechtlichen Fragen. Von Interesse ist auch ein Aufsatz, den Carstens in der JW. veröffentlicht hat; er behandelt die Frage nach der dinglichen Wirksamkeit der Anfechtung von Kausalgeschäften wegen Willensfehlern.

§ 43. 1. **RG.** JW. **04** 499 Nr. 32: Fiduziarische Geschäfte, die lediglich den Zweck haben das Vermögen des Schuldners dem Zugriffe seiner Gläubiger zu entziehen, sind wegen ihres unsittlichen Zweckes nichtig.

2. **RG.** JW. **04** 6 Nr. 3: Die Sekuritätszession ist eine wirkliche Veräußerung; es findet ein Übergang von Gegenständen aus dem Vermögen des Schuldners in das des Gläubigers statt. Auch Geschäftsanteile einer G. m. b. H. können zur Sicherung übertragen werden.

3. Schöninger, AzivPr. **96** 177: Bei Abtretung einer Forderung zur Einziehung ist die Zugehörigkeit der Forderung zum Vermögen des Veräußerers nicht aufgehoben. Im Konkurse des neuen Gläubigers ist er zur Aussonderung berechtigt.

4. **RG.** JW. **04** 355 Nr. 4: Es ist nicht richtig, einen Sicherungskauf als verschleierte Verpfändung zu behandeln, wenn der zum Ausdrucke gebrachte Parteiwille dem entgegensteht.

5. Quaatz, AbürgR. **24** 37/39 gegen Planck, die Materialien und Opet bei § 1411: Das Recht des Mannes, Herausgabe des Eingebrachten vom Verwalter im Konkurse seiner verwaltungsgemeinschaftlichen Frau zu verlangen, ist kein Aussonderungsanspruch.

6. *Carstens, JW. **04** 134: Kein Aussonderungsrecht des Verkäufers einer dem gemeinschuldnerischen Käufer bei Konkurseröffnung bereits übergebenen beweglichen Sache nach Anfechtung des Kaufgeschäfts wegen Willensfehler beim Kausalgeschäft (Betrug, Irrtum, z. B. Irrtum über die Kreditfähigkeit des Käufers z. Z. des Abschlusses, Türck, Gruchots Beitr. **43** 549 ff.). Keine „dem Gemeinschuldner nicht gehörige Sache". Richtig nur das Kausalgeschäft, nicht das davon unabhängige, dingliche Erfüllungsgeschäft, die Einigung und Übergabe. Bei letzteren kein Willensfehler vorhanden, Wille nur auf Geben und Nehmen gerichtet, warum gegeben und genommen unerheblich für die Rechtsbeständigung des Erfüllungsgeschäfts und der darauf beruhenden Eigentumsübertragung. Gemeinschuldner also Eigentümer. Aber — wegen Nichtigkeit des Kausalgeschäfts — ohne Rechtsgrund. Daher an sich Rückforderungsanspruch in

Natur auf Grund der §§ 812 ff. BGB. Rückgabeanspruch im Konkurse aber nur aus § 69 KO. zu verwirklichen, also Geldanspruch auf Schätzungswert der Sache zur Zeit der Konkurseröffnung (vgl. **RG. 49** 423 ff.). Bei Einstellung des Konkursverfahrens (§§ 202 ff. KO.) Geltendmachung des Herausgabeanspruchs gegen den früheren Gemeinschuldner, wenn nicht Geldforderung bereits festgestellt; letzterenfalls nur diese gegeben, auch wenn Konkursverfahren aufgehoben und Kaufsache noch in Natur in der Masse.

7. Bondi, Buschs Z. **32** 231: In Verfolgung eines Aussonderungsrechts kann der Berechtigte vom Verwalter auch die Leistung des Offenbarungseides nach § 883 ZPO. verlangen.

§ 45. Quaatz, AbürgR. **24** 35: Im Konkurse der nach gesetzlichem Güterrechte lebenden Ehefrau greift die Vermutung des § 1362 Abs. 1 nicht zugunsten des Mannes ein, wohl aber die des § 1362 Abs. 2 BGB. zugunsten des Verwalters.

Fünfter Titel. Absonderung.

Vorbemerkung: Von großer Bedeutung ist hier die Entscheidung des RG., die die Verpfändung eines Hypothekenbriefs für sich allein für unzulässig erklärt. Von diesem Urteile wird sich eine Nutzanwendung auch auf die Versicherungsscheine und Sparkassenbücher machen lassen. Auch diese Urkunden werden im Verkehre häufig wie Inhaberpapiere behandelt und ohne Beobachtung der im § 1280 BGB. vorgeschriebenen Form verpfändet. Auch bei ihnen wird man sagen müssen, daß ein Recht an der Urkunde, das nicht zugleich die verbriefte Forderung ergreift, undenkbar sei (§ 952 BGB.). Die durch das Hyp. BankG. und das PrivVUntG. geschaffenen eigenartigen Vorzugsrechte sind auch im Berichtsjahre wieder monographisch behandelt worden. Sie bilden kein echtes Aussonderungsrecht, sind ihm aber in manchem Betracht verwandt.

Literatur: Bruno Stern, Die Schuldverschreibungsgläubiger im Konkurse der Hypothekenbank. Berlin 1904. — Schloß, Die Rechte der Versicherten an der Prämienreserve nach dem PrivVUntG. vom 12. 5. 01. Berlin 1905.

§ 47. RG. 55 158: Die Existenz einer zur Tabelle festgestellten Forderung ist von Konkursgläubigern auch im Verfahren über die abgesonderte Befriedigung nicht mehr in Frage zu ziehen.

§ 48. RG. JW. **04** 555 Nr. 15, ZBlFrG. **5** 354: Ein Hypothekenbrief kann für sich allein nicht Gegenstand dinglicher Rechte sein, insbesondere kann er nicht für sich allein verpfändet werden. Das nach preußischem Rechte früher anerkannte dingliche Retentionsrecht ist dem BGB. fremd. Das gewöhnliche Zurückbehaltungsrecht verleiht im Konkurse kein Recht auf abgesonderte Befriedigung.

§ 49 Ziff. 2. *Regelsberger, Iherings J. **48** 456, 465 gegen **RG.** SeuffA. **44** Nr. 239: Das Absonderungsrecht des Verpächters besteht auch zugunsten seines Anspruchs auf Leistung einer Pachtsicherheit.

*Regelsberger, Iherings J. **48** 457, 464 gegen **RG. 37** 88: Gibt der Verpächter dem Pächter ein während der Pachtzeit unkündbares Darlehen als Betriebskapital, so kann er wegen dieser Darlehensforderung sein Absonderungsrecht geltend machen.

*Regelsberger, Iherings J. **48** 457, 465 gegen OLG. Hamburg, Seuff. A. **42** Nr. 180: Das Absonderungsrecht des Vermieters besteht auch zugunsten seiner Vertragstrafforderungen.

Ziff. 4. *Dochnahl, Der Handlungsagent in seiner Rechtsstellung nach früherem und jetzigem Rechte, (Diss.) 125: Der Handlungsagent hat im Konkurse des Geschäftsherrn ein Absonderungsrecht, soweit ihm ein Zurückbehaltungsrecht gegen den Geschäftsherrn zusteht. Ebenso Jacusiel, Das Recht der Agenten, Mäkler und Kommissionäre I 56.

*Sievers, SächsA. **14** 301/302: Die Klage auf Gestattung der Befriedigung aus den einem kaufmännischen Zurückbehaltungsrechte unterworfenen Sachen (§ 371 Abs. 4 HGB.) ist gegen den Verwalter zu richten.

Sechster Titel. Aufrechnung.

Vorbemerkung: Zum Rechte der Aufrechnung war im vorigen Jahrgange über einige interessante Entscheidungen zu berichten gewesen, die aus Anlaß des Konkurses der Leipziger Bank ergangen waren. Diese Entscheidungen hat jetzt Krückmann, Buschs Z. 35 355 ff., gelegentlich in recht anregender Weise besprochen. Die Ausbeute des Berichtsjahrs ist dem Umfange nach gering. Immerhin ist eine bedeutsame RG.entscheidung und eine sehr beachtliche Abhandlung anzuführen.

Literatur: Weigelin, Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld. Hannover 1904.

§ 53. 1. *Weigelin, Recht zur Aufrechnung 100 ff.: Die Bestimmungen der Konkursordnung über Aufrechnung sind nicht aus deren rückwirkender Kraft zu erklären.

2. **RG.** DJZ. **04** 747 (67): Hat ein Pfändungspfandgläubiger des Gemeinschuldners, der dem Drittschuldner zu zahlen hatte, mit der überwiesenen Forderung aufgerechnet, so ist die Aufrechnung eine wirksame Realisierung, mit der Anfechtungsklage muß von ihm bare Zahlung verlangt werden.

RG. 56 362: Ein Gesellschaftsgläubiger, der seine Forderung sowohl im Konkurse der Gesellschaft als dem eines Gesellschafters anmeldet, ist befugt, bei der letzten Anmeldung ein Guthaben des Gesellschafters aufrechnungsweise zu kürzen. Die Wirkung dieser Aufrechnung ist aufgeschoben. Wird die Forderung im Gesellschaftskonkurse voll gedeckt, so stellt sich heraus, daß die Aufrechnung wirkungslos war. Erleidet der Gläubiger im Gesellschaftskonkurse einen Ausfall, so wird die Wirkung der Aufrechnung außer Zweifel gestellt.

§ 54. 1. OLG. Colmar, R. **05** 168 (747): Hat der Gläubiger Geld zu fordern, aber eine Sache an die Masse zurückzugeben, so ist die Aufrechnung unstatthaft.

2. *Weigelin, Recht zur Aufrechnung 155 ff.: Ein auf den besonderen Voraussetzungen dieser Bestimmung beruhendes Aufrechnungsrecht erlischt mit der Beendigung des Konkursverfahrens, wenn es nicht bis dahin ausgeübt ist.

Der Gemeinschuldner kann nicht gegen eine Forderung aufrechnen, deren Erfüllung er noch nicht bewirken kann.

Das Aufrechnungsrecht des Gläubigers einer aufschiebend bedingten Forderung geht mit der Einzahlung der Schuld des Gläubigers in die Masse unter und wird durch ein Recht auf Sicherstellung ersetzt. Einer gleichzeitigen Erklärung der Aufrechnung oder eines Vorbehalts derselben bedarf es nicht; es genügt, daß der Gläubiger bei der Einzahlung die Sicherheitsleistung verlangt.

§ 55. 1. Ziff. 1. *Weigelin, Recht zur Aufrechnung 101 ff.: Es liegen keine Ausnahmen von dem Erfordernis der Gegenseitigkeit von Forderung und Schuld vor.

2. Ziff. 3. *Weigelin, Recht zur Aufrechnung 103 Nr. 106: Wenn jemand vor der Eröffnung des Verfahrens eine Forderung an den Gemeinschuldner hatte und nach Zahlungseinstellung oder Konkursantrag dem Gemeinschuldner etwas schuldig wurde, so kann nur Anfechtung nach §§ 30 ff. stattfinden.

Siebenter Titel. Massegläubiger.

Vorbemerkung: Die Massegläubigerschaft ist selten zweifelhaft. Eine Streitfrage, der nicht allzuviel praktische Bedeutung beikommt, ist, wer die Kosten der Beerdigung des nach der Eröffnung verstorbenen Gemeinschuldners zu tragen hat. Sie wird verschieden beantwortet.

§ 57. 1. Stobbe, DJZ. **04** 308: Stirbt der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung, so sind die Beerdigungskosten weder Massekosten (so Schröder, Buschs Z. 28 38), noch Masseschulden (so Jaeger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs 78 Anm. 10); sie können überhaupt nicht aus der Masse beglichen werden, sondern fallen dem Erben oder dem Unterhaltspflichtigen oder der Armenkasse zur Last.

2. *Quaatz, AbürgR. **24** 31: Im Konkurse der in getrennten Gütern lebenden Ehefrau kann der Mann einen Beitrag zu den ehelichen Lasten (§ 1427 BGB.) aus der Masse nicht verlangen.

§ 58. *Stern, Die Schuldverschreibungsgläubiger i. Konk. d. Hypothekenb. 80: Im Konkurse der Hypothekenbank trifft ein Teil der Massekosten nicht die gesamte Konkursmasse, sondern nur einen Teil derselben: die Sonderkosten der Verwaltung und Verwertung der einzelnen Deckungsmassen lasten auf diesen.

§ 59. 1. Ziff. 1. *Jacusiel, Das Recht der Agenten, Mäkler u. Kommissionäre I 78: Hat ein Handlungsagent vor der Konkurseröffnung ein Geschäft vermittelt, das erst vom Verwalter abgeschlossen wird, so ist seine Provisionsforderung eine Masseforderung.

2. Ziff. 2. **RG. 55** 265: Hierher gehören die Löhne, die der Verwalter auf Grund von § 22 KO. bezahlen muß. Sie sind Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen, „deren Erfüllung für die Zeit nach der Eröffnung erfolgen muß". Nicht sind sie Masseverwaltungskosten, noch Ansprüche aus Verträgen, deren Erfüllung zur Masse verlangt wird.

OLG. Karlsruhe, R. **04** 502 Nr. 2092, BadRpr. **04** 122: Die Verpflichtung des Verkäufers einer Liegenschaft zur Beseitigung der Hypotheken (§§ 434, 439 BGB.) bildet einen Teil seiner Erfüllungspflicht. Nach Ausbruch des Konkurses stellt sie eine Masseschuld dar.

3. Ziff. 3. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 118: Eine Darlehnssumme bildet einen Bestandteil der Konkursmasse, auch wenn der Darleiher mit der Hingabe einen bestimmten Zweck verfolgt hat. Eine rechtlose Bereicherung der Masse liegt in einem solchen Falle regelmäßig nicht vor. Anders ist es, wenn die Zweckbestimmung durch rechtsgeschäftliche Akte auf dinglichem Gebiete gesichert ist.

SächsOLG. **25** 227: Hat ein Dritter für den Gemeinschuldner ein Pfand bestellt und ist der Übererlös aus der Pfandverwertung zur Masse geflossen, so hat ihn der Verwalter dem Dritten als Bereicherung herauszugeben.

§ 60. Bondi, BuschsZ. **32** 232: Massegläubiger sind berechtigt, vom Verwalter den Offenbarungseid nach § 807 ZPO. zu verlangen.

Achter Titel. Konkursgläubiger.

Vorbemerkung: Die Streitfrage, ob der Handlungsagent für seine Provisionsforderung den Rang des Lidlohns beanspruchen könne, ist noch nicht endgültig erledigt. Auch die Behandlung der Forderungen, die durch Bürgschaft und Pfand gesichert sind, gibt immer wieder zu Erörterungen Anlaß, ebenso die Behandlung der Forderungen, bei denen dem Gläubiger zu seiner Sicherung ein Recht übertragen worden ist.

§ 61. Ziff. 1. *Dochnahl, Der Handlungsagent in seiner Rechtsstellung nach früherem und jetzigem Rechte 124, 125: Dem Handlungsagenten ist im Konkurse des Geschäftsherrn kein Vorzugsrecht zuzugestehen. Denn das Vorrecht des § 61 Nr. 1 ist an das Moment der persönlichen Unterwerfung des Dienstleistenden geknüpft. Der Agent ist aber selbständiger Kaufmann. Auch ist der Provisionsanspruch nicht als „Dienstbezug" anzusprechen.

*Jacusiel, Das Recht der Agenten, Mäkler und Kommissionäre I 78 ff.: Die Provisionsforderung der Handlungsagenten ist bevorrechtigt.

SächsOLG. **25** 538 (Dresden): Ein Bücherrevisor, der fortlaufend die Geschäftsbücher und Jahresabschlüsse prüft, Berichte erstattet usw., genießt das Vorrecht des Lidlohns.

SächsOLG. **26** 326 (Dresden): Die Gebührenforderungen von Rechtsanwälten genießen nicht das Vorrecht der Dienstbezüge; denn es liegt keine „Verdingung" zu Diensten vor, wenn man auch einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, annehmen will.

Ziff. 5. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 55, R. **04** 286 Nr. 1341: Im Konkurse über das Vermögen der fortgesetzten Gütergemeinschaft gelten als Forderungen der Mündel des Gemeinschuldners die Forderungen der im § 61 Ziff. 5 bezeichneten Art, die das Gesamtgut bereits beim Eintritte der fortgesetzten Gütergemeinschaft als Schulden des bis dahin zur Verfügung über das Gesamtgut berechtigten Ehemanns belasteten.

RG. R. **04** 251: Von § 255 BGB. nicht betroffen werden Ansprüche, die jemand in Ansehung seines gesetzlich der Verwaltung seines früheren Vormundes unterworfen gewesenen Vermögens an die Konkursmasse des Nachlasses dieses Vormundes hat (vgl. JDR. **3** Ziff. 5 b zu § 255 BGB.).

§ 63. 1. Rosenmeyer, BuschsZ. **32** 271: Ist über das Vermögen eines Erben mit Einschluß des Nachlasses Konkurs eröffnet, so können Geldstrafen, Ansprüche aus Freigebigkeiten und Zinsen dann nicht geltend gemacht werden, wenn der Erbe den Nachlaßgläubigern bereits unbeschränkbar haftet.

2. Ziff. 2. *Stern, Die Schuldverschreibungsgläubiger im Konkurse der Hypothekenbank 55: § 35 Abs. 4 HypBankG. stellt in Wahrheit keine Ausnahme zu § 63 KO. dar.

§ 64. 1. Hancke, DJZ. **02** 367: Hat ein Dritter, nicht der Gemeinschuldner, ein Pfand für eine Forderung bestellt, und der Gläubiger die Pfandsache gekauft, so nimmt dieser nicht bloß mit dem Ausfall, sondern mit der ganzen Forderung am Konkurse teil.

2. Schöninger, AzivPr. **96** 198: Im Falle der Sicherungsabtretung hat der gesicherte Gläubiger nicht mehr Rechte wie ein gewöhnlicher Pfandgläubiger.

§ 65. *Stern, Die Schuldverschreibungsgläubiger i. Konk. d. Hyp.-Bank 54: Mit der Eröffnung des Konkurses erübrigt sich jede weitere — etwa durch Emissionsbedingungen vorgeschriebene — Auslosung der vom Gemeinschuldner ausgestellten Schuldverschreibungen.

§ 68. OLG. Dresden, SächsA. **14** 651: Haften einem Gläubiger mehrere Gesamtschuldner, so kann er in jedem der mehreren Konkurse volle Feststellung seiner Forderung und demgemäß die Dividende nach der ursprünglichen Höhe seiner Forderung verlangen, auch wenn er nach der Eröffnung eine Abschlagszahlung erhalten hat.

OLG. Dresden, SächsA. **14** 651: Der Bürge des Gemeinschuldners, der den Gläubiger nach der Konkurseröffnung teilweise befriedigt hat, kann seine Ersatzforderung im Konkurse nicht geltend machen.

Zweites Buch. Konkursverfahren.

Erster Titel. Allgemeine Bestimmungen.

Vorbemerkung: Das formelle Konkursrecht birgt so manche Streitfrage in sich. Erörtert werden aber die formell-rechtlichen Kontroversen im allgemeinen weniger als die materiell-rechtlichen. Auch sind sie seltener Gegenstand von höchstrichterlichen Entscheidungen, wofür die Ursache in der Ordnung des Beschwerdeverfahrens zu suchen ist. Immerhin sind einige nicht unwichtige Fragen bis zur drittinstanzlichen Entscheidung gediehen. So hatte sich das OLG. Darmstadt mit der Ablehnung eines Richters zu befassen, während

das OLG. Jena sich über die Zulässigkeit der Stimmabgabe eines Konkursgläubigers in eigener Sache befinden mußte. Das OLG. Dresden hat die Wahl des sächsischen Staatsfiskus in den Gläubigerausschuß für zulässig erklärt, indem es grundsätzlich die Wählbarkeit der juristischen Personen bejahte.

§ 71. Stölzel, Buschs Z. **32** 79: Im Falle einer Änderung der Gerichtsbezirke entscheidet für die Zuständigkeit der Tag der Eröffnung.

§ 72. 1. OLG. Darmstadt, DJZ. **04** 656: Im Konkursverfahren sind die Vorschriften über die Ablehnung und Ausschließung der Gerichtspersonen entsprechend anzuwenden. Die Gläubiger und der Gemeinschuldner sind als Parteien im Sinne von § 41 ZPO. anzusehen. Ist also die Mutter eines Richters Konkursgläubigerin, so ist der Sohn kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen. Er darf bei Festsetzung der Vergütung des Verwalters nicht mitwirken.

2. *Kunze, DJZ. **04** 1035: Bevollmächtigte von Konkursgläubigern, welche das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben, können vom Konkursgericht zurückgewiesen werden, da § 157 Abs. 2 ZPO. auf das Konkursverfahren entsprechende Anwendung findet.

§ 85. LG. Neustrelitz, MecklZ. **21** 130, ZBlFrG. **3** 871: Wenn der Verwalter die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung betreibt, so hat er für seine insoweit entwickelte Tätigkeit nicht Anspruch auf eine Gebühr, die aus der Zwangsversteigerungs- oder Zwangsverwaltungsmasse zu bezahlen wäre. Seine Tätigkeit ist vielmehr auch insoweit aus der Konkursmasse abzugelten.

§ 87. *Kunze, DJZ. **04** 1035: Bei Konkursen mit geringer Passiv- und Aktivmasse, geringer Anzahl von Gläubigern und Schuldnern, und einfach liegenden Verhältnissen ist die Bestellung eines Gläubigerausschusses offenbar überflüssig, kann sogar durch die Entstehung nicht unerheblicher Kosten geradezu im Widerspruche mit den Interessen der Gläubiger stehen. Wird der Antrag auf Bestellung eines Gläubigerausschusses trotzdem in solchen Fällen von einem Konkursgläubiger gestellt, so muß, wenn die Gläubigerversammlung die Bestellung beschließt, das Konkursgericht dem Antrage stattgeben.

OLG. Dresden, SeuffA. **60** 41 (22), SächsOLG. **25** 543: Eine juristische Person, z. B. der Staatsfiskus, kann zum Mitgliede des Gläubigerausschusses gewählt werden. Ebenso Dr. Neumann, DJZ. **02** 98.

§ 95. OLG. Jena, R. **04** 316 (1439): Ein Gläubiger, dessen Forderung festgestellt ist, darf auch in eigener Sache stimmen. Er darf insbesondere darüber mit abstimmen, ob ein Rechtsstreit wegen einer anderen ihm zustehenden streitigen Forderung fortzuführen sei. — Ist im Prüfungstermine nicht erörtert und entschieden worden, welches Stimmrecht einer streitig gebliebenen Forderung zuerkannt werden soll, so kann die Entscheidung nachträglich herbeigeführt werden. Hierzu ist unter Umständen eine besondere Gläubigerversammlung einzuberufen.

Zweiter Titel. Eröffnungsverfahren.

Vorbemerkung: Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit gibt im Eröffnungsverfahren weniger zu Zweifeln Anlaß wie bei der Anfechtung. Deshalb sind die einschlagenden Entscheidungen usw. beim § 30 angeführt worden. Im übrigen ist im Berichtsjahre nur der § 107 schriftstellerisch behandelt worden. Beachtlich sind einige Entscheidungen zu § 114.

§ 104. APrivVers. 7. 5. 02, Veröffentl. **1** 18: Nach § 68 PrivVUntG. ist nur das Aufsichtsamt berechtigt, den Antrag auf Konkurseröffnung über eine private Versicherungsunternehmung zu stellen. Hat aber am 1. 1. 02,

am Tage, wo das PrivVUntG. in Kraft trat, kein wirklicher Geschäftsbetrieb mehr bestanden, so untersteht die Unternehmung, wie sich aus § 104 PrivVUntG. ergibt, nicht der Reichsaufsicht.

§ 105. 1. Quaatz, AbürgR. **24** 37: Ist eine im gesetzlichen Güterstande lebende Ehefrau Schuldnerin und hat sie nur Vorbehaltgläubiger, so ist glaubhaft zu machen, daß sie in Ansehung des Vorbehaltsguts zahlungsunfähig ist und der Mann aus dem Eingebrachten nicht zahlt.

2. OLG. Dresden, SächsOLG. **25** 540: Das Gehör des Gemeinschuldners kann auch vor dem Beschwerdegerichte erfolgen. Ist das Gehör vor dem Landgerichte gewährt worden, so ist die Sache nicht zur nochmaligen Anhörung des Gemeinschuldners ans Amtsgericht zurückzuverweisen.

§ 107. 1. *Kurlbaum, DJZ. **04** 1081: Der hier, wie in § 204 Abs. 1 erwähnte Vorschuß einer Geldsumme, der die Kostenunfähigkeit der Konkursmasse zu heben bestimmt ist, ist kein nach den Vorschriften des GKG. vom Gericht einzufordernder Gerichtskosten- und Auslagen-Vorschuß. Gründe:

a) Die Kostenvorschriften sind lediglich im GKG. enthalten. Unter ihnen sind Bestimmungen über die Vorschüsse aus §§ 107, 204 nicht gegeben.

b) Das Gericht kann die Einzahlung nicht erzwingen, sondern nur das Verfahren nicht eröffnen oder wieder aufheben, wenn der Geldbetrag nicht eingeht. Die Zahlung kann von jedem Interessenten erfolgen, ein Zahlungspflichtiger ist nicht genannt.

c) Mit dem Geldbetrage sollen nicht nur die Gerichtskosten des Konkursverfahrens, sondern auch die Kosten außergerichtlicher und gerichtlicher Verwaltungsakte des Verwalters gedeckt werden, § 58 Nr. 1, 2, § 60 KO. Der Geldbetrag fließt deshalb nicht in die Gerichtskasse, sondern gelangt in die Hände des Verwalters. Er kann von dem Zahlenden im Konkurse je nach seiner Verwendung als Masseschuld oder als Massekosten liquidiert werden.

2. *Gottschalk, DJZ. **04** 939: Betreffs eines erforderten Kostenvorschusses, welcher zur Deckung der nach § 58 Nr. 1 u. 2 KO. entstehenden Massenschulden 2c. dienen soll, wird ausgeführt, daß dieser Vorschuß nur vor der Eröffnung des Konkurses verlangt werden kann. Daß dem Antragsteller nach Eröffnung des Konkurses ein solcher Vorschuß auferlegt werden kann, wird bestritten. Die §§ 82 u. 84 GKG. ergeben ebenfalls keine solche Verpflichtung. Die Vorschrift des § 82 — analog der Bestimmung des § 107 KO. — bestimmt, daß bei dem Antrage auf Eröffnung des Konkurses ein Gebühren-Vorschuß zu zahlen ist. Wenn auch der § 84 GKG. vorschreibt, daß außer dem Gebühren-Vorschuß bei jedem Antrag auf Vornahme einer Handlung, mit welcher bare Auslagen verbunden sind, ein zur Deckung derselben hinreichender Vorschuß von dem Antragsteller zu zahlen ist, so wird diese Vorschrift gerade durch die im § 107 KO. enthaltene Bestimmung beschränkt, daß ein Vorschuß nur zur Deckung der im § 58 Nr. 1 und 2 KO. bezeichneten Kosten verlangt werden kann. Der Antragsteller hat unbedingt das Recht, die Zahlung zu verweigern und erfolgt alsdann die Abweisung des Antrags wegen mangelnder Masse. Es folgt aber hieraus, daß der Antragsteller den Vorschuß vor der Eröffnung des Konkurses zahlen kann, ihn aber nicht nach der Eröffnung zahlen muß.

§ 109. SächsOLG. **25** 540 (Dresden): Auch über einen Beschluß der Beschwerdeinstanz, der den Eröffnungsbeschluß aufhebt und die Sache zur erneuten Prüfung in die erste Instanz zurückverweist, darf nur der Gläubiger, der den Eröffnungsantrag stellte, nicht der Verwalter oder sonstige Gläubiger weitere Beschwerde führen.

§ 114. SächsOLG. **25** 455 (Dresden): Gibt der Verwalter ein Grundstück aus der Masse frei, so ist er für Hypothekenklagen nicht mehr passiv legitimiert.

SächsOLG. **25** 553 (Dresden): Die Freigabe aus der Masse erfolgt durch eine formlose Erklärung des Verwalters gegenüber dem Gemeinschuldner. Läßt der Verwalter aber bei Massegrundstücken nach ihrer Freigabe den Konkursvermerk im Grundbuche nicht löschen, so bleibt er für die Hypothekenklage passiv legitimiert.

Dritter Titel. Teilungsmasse.

Vorbemerkung: Zu diesem Titel der KO. sind im Berichtsjahre eine Reihe förderlicher Aufsätze erschienen. Bedeutsam sind die wenigen Entscheidungen, die dazu ergossen sind. Zu § 127 hat sich das KG. für die entsprechende Anwendbarkeit des § 1246 BGB. erklärt und bei Untergerichten Nachfolge gefunden. Über die Geltendmachung verpfändeter Forderungen durch den Verwalter hat sich das OLG. Dresden ausgesprochen. Im Ergebnis und der Begründung gleicherweise treffend ist die Entscheidung des RG., die dem Konkursgläubiger die Eigenschaft des Dritten im Sinne von § 25 Abs. 2 HGB. abspricht. Wer also ein Handelsgeschäft samt Firma aus der Masse kauft, braucht im Register nicht eintragen zu lassen, daß er die Verbindlichkeiten nicht übernommen habe. Die Konkursgläubiger können sich schon von Gesetzeswegen nicht an ihn halten; anders freilich steht es mit den Geschäftsverbindlichkeiten, die durch die Geschäftsführung des Verwalters begründet worden sind.

Literatur: Burghart, Ein Beitrag zur Lehre von der Verwertung der zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände, JustdRdsch. **04** 132. — Karl Meyer, Zu der Antragsberechtigung des Konkursgläubigers nach § 125 KO., R. **04** 43. — AR. Neumann (Magdeburg), Die Abholung hinterlegten Geldes von der Regierungshauptkasse als Kasse der amtlichen Hinterlegungsstelle durch den Konkursverwalter, R. **04** 279. — Voß, Die Besitzergreifung des Verwalters, BuschsZ. **35** 193.

§ 117. 1. a) *Burghart, JustdRdsch. **04** 133: Der Konkurseröffnungsbeschluß ist Vollstreckungstitel für den Konkursverwalter, da er der sofortigen Beschwerde unterliegt. Die Tatsache, daß dem Gemeinschuldner gegen den Eröffnungsbeschluß dann kein Rechtsmittel zusteht, wenn er die Eröffnung selbst beantragt hat — denn dann ist er in seinem Rechte nicht beschwert —, steht dem nicht entgegen. Entscheidend (§ 794 Ziff. 3 ZPO.) ist nur, daß die Entscheidung ihrem Charakter nach, nicht ob im konkreten Falle anfechtbar ist. Die Bestallungsurkunde ist nur Legitimationspapier. Gehört zur Masse eine Forderung gegen einen Dritten, so bedarf der Verwalter zur Einziehung weder einer zivilrechtlichen Abtretung noch einer gerichtlichen Überweisung.

b) Quaatz, AbürgR. **24** 37: Solange nicht feststeht, daß keiner der Gläubiger Befriedigung aus dem Eingebrachten verlangen kann, muß der Verwalter auch dies in Besitz nehmen. Sobald festgestellt ist, daß nur Vorbehaltgläubiger vorhanden sind, muß er es freigeben.

2. SächsOLG. **26** 172 (Dresden): Wird gleichzeitig mit der Konkurseröffnung die Zwangsverwaltung eines Massegrundstücks angeordnet, so bleibt der Konkursverwalter für die Klage auf Freigabe von Zubehörstücken passiv legitimiert; er übt für den Gemeinschuldner den mittelbaren Besitz aus. Wird der Zwangsverwalter mit der Klage belangt, so hat er dem Konkursverwalter nach § 76 ZPO. den Streit zu verkünden.

§ 123. Quaatz, AbürgR. **24** 37: Im Konkurse einer verwaltungsgemeinschaftlichen Ehefrau hat der Verwalter Vorbehaltsgut und Eingebrachtes gesondert zu verzeichnen.

§ 125. 1. Bondi, BuschsZ. **32** 237: Die Norm des Eides ist dahin zu fassen, daß der Gemeinschuldner „sein zur Zeit der Konkurseröffnung vor-

handenes Vermögen" richtig angegeben habe. Leistet ein gesetzlicher Vertreter den Eid, so ist er entsprechend zu ändern, also etwa: „Das Vermögen des von mir Vertretenen."

2. Meyer, R. **04** 43: Nicht Feststellung der angemeldeten Konkursforderung, sondern lediglich Anmeldung derselben ist notwendige Voraussetzung für die Antragsberechtigung des Gläubigers auf Leistung des Offenbarungseids durch den Gemeinschuldner.

3. Bondi, Buschs Z. **32** 224: Für den prozeßunfähigen Gemeinschuldner hat derjenige den Offenbarungseid zu leisten, der zur Zeit der Eröffnung gesetzlicher Vertreter ist. Der Zeitpunkt der Eidesleistung ist nicht maßgebend.

4. Bondi, Buschs Z. **32** 232: Im Falle des Nachlaßkonkurses haben die Erben, wenn ein Nachlaßpfleger bestellt ist, dieser den Offenbarungseid zu leisten.

§ 127. 1. KG., OLG. **6** 370: An sich ist § 1246 BGB. auch im Falle eines Pfandverkaufs durch den Verwalter anwendbar. Solange aber das Pfandrecht selbst streitig ist, hat sich das Gericht einer aus § 1246 BGB. begehrten Anordnung zu enthalten.

OLG. Dresden, SächsA. **14** 649: Der Verwalter kann eine vom Gemeinschuldner verpfändete Forderung ohne weiteres gegen den Drittschuldner gerichtlich geltend machen. Einer Überweisung an ihn zur Einziehung bedarf es nicht.

2. *Burghart, JustdRdsch. **04** 135 ff.: Der Verwalter hat ein Wahlrecht, die Verwertung entweder nach den Zwangsvollstreckungsvorschriften oder im Wege des außergerichtlichen Pfandverkaufs zu betreiben. Der Unterschied besteht in der Wirkung und darin, daß diese Verwertungsart eine freiwillige, jene eine unfreiwillige ist. Erfolgt die Verwertung im Wege der Zwangsvollstreckung, so bedarf es keiner Pfändung. Diese ist sogar unmöglich, da der Verwalter an massegehörigen Gegenständen kein Pfandrecht erwerben kann, weil ihm die Gläubigereigenschaft fehlt. Die Vorschriften der Zwangsvollstreckung kommen nur bezügl. der Verwertung, nicht bezügl. des beim Zwangsvollstreckungsverfahren dem Verfahren der Verwertung vorhergehenden Verfahrens zur Anwendung. Hierbei scheidet natürlich § 816 Abs. 1 ZPO. aus. Der Gerichtsvollzieher ist Beauftragter des Verwalters.

Gegen den nicht zur Herausgabe bereiten Pfandgläubiger muß der Verwalter auf Herausgabe des zur Masse gehörigen Gegenstandes, nicht auf Duldung der Zwangsvollstreckung klagen. Der Eröffnungsbeschluß ermächtigt den Verwalter nicht zur zwangsweisen Wegnahme. Diese ist, wenn erfolgt, keine Anschlußpfändung, da von einer Erstpfändung des Pfändungspfandgläubigers keine Rede sein kann. Der Verwalter und der Pfändungspfandgläubiger haben nebeneinander das Verwertungsrecht. Das Recht des Verwalters geht dem des Pfandgläubigers nicht vor. Das Recht des Pfandgläubigers ruht jedoch von dem Augenblick an, wo der Verwalter die Verwertung wirklich betreibt. — Aber nicht schon dann, wenn er dem Pfandgläubiger erklärt; sie betreiben zu wollen. — Der Pfandgläubiger wird Konkursgläubiger, wenn die Versteigerung des Pfandgegenstandes nicht zu seiner Befriedigung geführt hat und der Gemeinschuldner persönlich für die Forderung haftete. Sind für mehrere Pfändungspfandgläubiger massegehörige Gegenstände versteigert und der Erlös zum Zwecke der Einleitung des Verteilungsverfahrens hinterlegt worden, so kann der Verwalter sowohl noch vom § 766 ZPO. als vom § 771 ZPO. Gebrauch machen, da die Zwangsvollstreckung für die Gläubiger noch nicht beendet ist.

Erkennt der Verwalter das Absonderungsrecht des Gläubigers nicht an, so muß der Gläubiger seinen Anspruch im ordentlichen Prozeßweg verfolgen, gleichviel ob die Verwertung nach den Zwangsvollstreckungsvorschriften oder im Wege des

Pfandverkaufs erfolgt. Eine Klage auf Grund des § 805 ZPO. ist unmöglich, da die Verwertung keine Zwangsvollstreckung im Sinne der ZPO. ist. Die Klage ist allerdings mit der des § 805 ZPO. vergleichbar und geht entweder auf Feststellung des Absonderungsrechts oder auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse. Die Klage richtet sich immer gegen den Konkursverwalter als gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners und ist auf die Dauer des Konkurses beschränkt (138).

Eine andere als die im § 127 vorgeschriebene Verwertungsart bedarf der gerichtlichen Genehmigung nur, wenn eine Einigung mit den beteiligten Pfandgläubigern nicht zustande kommt (138).

§ 129. *Schultzenstein, Buschs Z. **33** 448, 449, 466: Das Geschäft des Gemeinschuldners kann insbes. ein Gewerbebetrieb sein.

S. auch bei § 137.

§ 134. **RG.** JW. **04** 417 Nr. 36: Hat der Verwalter das Handelsgeschäft des Gemeinschuldners veräußert, so darf sich ein Konkursgläubiger nicht nach § 25 HGB. darauf berufen, daß der Erwerber für die im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners hafte. Der Konkursgläubiger ist nicht Dritter im Sinne von § 25 Abs. 2 HGB.

§ 137. *Neumann-Magdeburg, R. **04** 279: a) Mit der „Hinterlegungsstelle" im § 137 ist die Hinterlegungsstelle im Sinne der Konkursordnung gemeint, also diejenige Stelle, welche durch Beschluß des Konkursgerichts oder Gläubigerausschusses vorläufig (§ 129 Abs. 2), durch Beschluß der Gläubigerversammlung endgültig (§ 132) für die Hinterlegung (Anlegung) der zur Konkursmasse gehörenden Gelder usw. bestellt ist, vgl. **RG. 54** 212, v. Sarwey-Bossert, KO. 377, Jäger, KO. 377. Dies folgt aus dem Zwecke, den der Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 137 verfolgte (Prot. 88, Mot. 353), sowie daraus, daß im Konkursverfahren eine Hinterlegungsstelle überhaupt nur durch Beschluß (§§ 129, 132) geschaffen werden kann.

b) Bei Abhebungen von einer anderen (privaten oder öffentlichen), als der nach §§ 129, 132 bestellten Hinterlegungsstelle kann der Verwalter nach der KO. nicht beschränkt werden, mag ein Gläubigerausschuß bestellt sein oder nicht.

c) Das Konkursgericht hat nach den Vorschriften der KO. Abhebungen hinterlegter Gelder niemals zu genehmigen, gleichgültig, bei welcher Stelle die Hinterlegung stattfand.

Gegen die Verfügung des Finanzministers v. 1. 2. 89 (Erlasse und Entscheidungen des Finanzministers in Hinterlegungssachen Berlin 1895 82).

Vierter Titel. Schuldenmasse.

Vorbemerkung: Mit Recht hat das RG. den Gerichtsschreiber und nach Landesrecht auch den Staat für haftbar erklärt, wenn eine Forderung unrichtig in die Tabelle eingetragen wird. Ein mitwirkendes Verschulden des Gläubigers, der den Prüfungstermin nicht abgewartet hat, ist zutreffenderweise nicht angenommen worden. Die überwiegende Mehrzahl der Konkursgläubiger umgeht im Vertrauen auf den ordnungsmäßigen Geschäftsgang des Konkursgerichts den Prüfungstermin. Das Vertrauen darf nicht als Verschulden angerechnet werden. Überdies können ja die durch die Teilnahme am Verfahren erwachsenen Kosten (§ 63 Ziff. 2) nicht geltend gemacht werden. — In Ansehung des Umfanges der Wirksamkeit der Forderungsfeststellung sind völlig klare Maße noch nicht geschaffen. Es ist über mehrere Entscheidungen zu dieser Frage zu berichten, die nicht gänzlich miteinander im Einklange stehen. Die Frage, ob die Anerkennung einer rechtlich erheblichen Eigenschaft einer Forderung von der Rechtskraftwirkung mit umfaßt werde, ist noch kaum behandelt, sondern höchstens berührt worden. — Die Tabellenberichtigung, auf deren problematische Natur schon im vorigen Jahrgange hingewiesen wurde, ist im Berichtsjahre

behandelt worden, freilich aber nicht erschöpfend. Wenn eine angemeldete und bestrittene Forderung abgetreten wird, so tragen manche Konkursgerichte die Abtretung ohne weiteres, also ohne neuen Prüfungstermin, in der Berichtigungsspalte der Tabelle ein; die Prozeßgerichte lassen aber hier und da die Feststellungsklage des neuen Gläubigers nicht zu, und zwar u. E. mit Recht; denn die Prüfung hat sich auch auf die Gläubigerschaft, auf die Zuständigkeit der Forderung zu erstrecken. Der Masse können gegenüber dem neuen Gläubiger Einwendungen zustehen, die beim alten Gläubiger nicht gegeben waren. Ob § 265 Abs. 2 ZPO. nach § 72 entsprechend auf die Anmeldung anzuwenden sei, wird man bezweifeln müssen.

Literatur: Haberling, Ist die Restitutionsklage der ZPO. gegenüber der Feststellung einer Forderung in der Konkurstabelle zulässig und welches ist der sachliche Gerichtsstand? R. **04** 278. — Arnulf Meyer, Berichtigung der Konkurstabelle, DJZ. **04** 262. — Schönfeld, Der Kostenansatz bei nachträglich zu prüfenden Konkursforderungen, DJZ. **04** 802.

§ 138. OLG. Karlsruhe, R. **04** 505 Nr. 2158, BadRpr. **04** 75: In der Nichtanmeldung einer Forderung liegt kein Verzicht. Wenn ein Zwangsvergleich geschlossen worden ist, so erlöschen auch die nicht angemeldeten Forderungen, insoweit sie die Vergleichsrate übersteigen. Sonach darf der Gläubiger, der nicht angemeldet hatte, nur die Vergleichsrate ausklagen.

§ 140. RG. JW. **04** 85: Ein Versehen des Gerichtsschreibers bei der Eintragung von Forderungen in die Tabelle bedeutet eine Verletzung der Amtspflicht. Der Beamte handelt dabei in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt. Die Haftung des Staates kann nur nach Art. 77 EGBGB. begründet werden. Sie besteht im Gebiete des französischen Rechts gemäß Art. 1384 des Code civil.

§ 141. RG. JW. **04** 85: Der anmeldende Gläubiger darf erwarten, daß die von ihm gehörig angemeldete Forderung im Prüfungstermine die gesetzmäßige Berücksichtigung finde. Wenn er im Prüfungstermine nicht erscheint, so wirkt er nicht durch eigenes Verschulden an einem Schaden mit, der ihm dadurch entsteht, daß der Gerichtsschreiber seine Forderung nicht ordnungsmäßig in die Tabelle eingetragen hatte.

§ 142. Schönfeld, DJZ. **04** 807: Nach § 54 GKG. ist § 148 KO. bei der Berechnung der Kosten des besonderen Prüfungstermins entsprechend anzuwenden. Aus Billigkeitsrücksichten ordnet das Gesetz den Kostenansatz nach dem Verhältnisse der Teilungsmasse zur Schuldenmasse, wie es im Zeitpunkte der Anmeldung besteht. Gleichgültig ist dabei, ob es sich um eine bevorrechtigte oder eine nichtbevorrechtigte Forderung handelt.

§ 145. 1. SächsOLG. **25** 551 (Dresden): Melden zwei verschiedene Personen eine und dieselbe Forderung zur Tabelle an und wird die Forderung zugunsten der einen festgestellt, so muß der anderen die Teilnahme am Konkurse versagt werden; sie kann nicht ihrerseits die Feststellung betreiben, sondern hätte im Prüfungstermine gegenüber dem anderen Prätendenten Widerspruch erheben müssen. Die Zulässigkeit einer alternativen Zulassung bleibt dahingestellt.

RG. JW. **04** 538 Nr. 7: Die rechtskräftige Feststellung einer Forderung zur Tabelle hat nur die Bedeutung, daß gegenüber allen Konkursgläubigern die Mitberücksichtigung der eingetragenen Forderung bei der Verteilung der Masse festgestellt ist. Berühmen sich zwei Personen einer und derselben Forderung und melden sie beide an, wird aber nur die Forderung der einen festgestellt, weil weder der Verwalter, noch ein Gläubiger, insbesondere nicht der andere Forderungsprätendent widerspricht, so steht einer Feststellungsklage nicht die Einrede der Rechtskraft entgegen. Die Nichtausübung des Widerspruchsrechts hat keine

andere Bedeutung als die Zustimmung dazu, daß die unbestritten gelassene Forderung an der Verteilung der Masse teilnehmen und die Ausfallsquote des Nichtwidersprechenden dadurch beeinflußt werde.

2. **RG. 55** 158: Die Feststellung einer Forderung zur Tabelle wirkt gegenüber den Konkursgläubigern auch über das Konkursverfahren hinaus. Die Forderung gilt als festgestellt, als existent auch soweit die abgesonderte Befriedigung des Gläubigers in Frage kommt, also insbesondere auch bei der Verteilung im Zwangsversteigerungsverfahren.

3. SächsOLG. **25** 227 (Dresden): Die Anmeldung und Feststellung einer Forderung zur Tabelle hindert den Gläubiger nicht, diese Forderung ganz oder zum Teil als Masseforderung geltend zu machen.

4. **RG. 57** 270, JW. **04** 298, R. **04** 364 Nr. 1674: Die Eintragung der festgestellten Forderung in die Tabelle wirkt wie ein rechtskräftiges Urteil. Diese Wirkung kann nur im Wege der Restitutionsklage, nicht aber durch nachträgliches Bestreiten beseitigt werden. Die festgestellte Forderung kann also von den übrigen Gläubigern nicht von der Teilnahme an der Dividende ausgeschlossen werden.

5. *Haberling, R. **04** 278: a) Gegenüber der Feststellung einer Forderung in der Konkurstabelle ist die Wiederaufnahmeklage gegeben.

b) Ausschließlich zuständig ist das Amtsgericht des Konkurses, bei landgerichtlicher Kompetenz des festgestellten Anspruchs das übergeordnete Landgericht.

ad a: Über die Statthaftigkeit der Restitutionsklage gegenüber einer im Prüfungstermin festgestellten Forderung fehlen ausdrückliche Bestimmungen in der Zivilprozeßordnung und Konkursordnung. Die Motive zur KO. bejahen die Zulässigkeit dieser Klage in den Grenzen, innerhalb welcher nach Maßgabe der ZPO. die Restitutionsklage statthaft und durch die Natur des Konkursverfahrens nicht von selbst ausgeschlossen ist. Ebenso das **RG. 37** 386 ff.

ad b: Die Frage der Zuständigkeit des Gerichts im vorliegenden Falle ist ebenso bestritten. Während die Mehrheit der Schriftsteller dasjenige Amtsgericht für ausschließlich zuständig erachten, welches das Konkursverfahren eröffnet hat, behauptet ein anderer Teil, daß die Zuständigkeit solcher Klagen, wie bei solchen gegen einen Vollstreckungsbefehl (§ 584 Abs. 2 ZPO.) sich nach der Höhe des Betrags richte. Der letzteren Auffassung scheint das Reichsgericht in der oben zitierten Entscheidung zu sein, während die Oberlandesgerichte Darmstadt und Karlsruhe sich ausdrücklich für dieselbe ausgesprochen haben.

§ 146. 1. Quaatz, AbürgR. **24** 41: Besteht im Konkurse einer verwaltungsgemeinschaftlichen Ehefrau Streit darüber, ob ein Gläubiger Befriedigung aus dem Eingebrachten verlangen kann, so ist dies zwischen ihm und dem Manne durch eine Klage auszutragen. Die Klage ist von der des § 146 verschieden; sie geht auf Duldung der Zwangsvollstreckung.

OLG. R. **04** 316 (1434): In dem Feststellungsverfahren kann der Verwalter nur Ansprüche der Gesamtheit der Gläubiger gegen die bestrittene Konkursforderung aufrechnen, nicht aber Ansprüche, die nur einem Teile der Gläubiger gegen den Feststellungsuchenden zustehen. Für die Ansprüche auf Ausgleichung, die dem Gemeinschuldner und dessen Nachlasse gegen seine Frau aus der gemeinsamen Haftung etwa zustehen, ist nicht im Feststellungsverfahren Raum; sie sind selbständig geltend zu machen.

2. **RG.** DJZ. **04** 81 erklärt die Klage des neuen Gläubigers für unzulässig, wenn der alte Gläubiger einen Zahlungsbefehl erwirkt und der Schuldner Widerspruch erhoben hatte.

3. OLG. Dresden, Buschs Z. **32** 386, SächsOLG. **25** 547: Die Aufnahme des anhängigen Rechtsstreits durch den Verwalter ist schlechthin unzulässig. Diese Unzulässigkeit ist durch Endurteil auszusprechen.

OLG. Dresden, SächsOLG. **26** 169: War vor der Eröffnung ein Zahlungsbefehl zugestellt und danach beim Landgerichte die Klage erhoben, so ist trotz der nach der Eröffnung erfolgten Klagzustellung das Verfahren als unterbrochen anzusehen. Mahnverfahren und Landgerichtsprozeß bilden ein einheitliches Verfahren.

4. Freudenthal, R. **04** 526: Der Konkursverwalter ist befugt, seinen Widerspruch zurückzunehmen. Danach hat der Gläubiger die Berichtigung der Tabelle zu beantragen. Die Anberaumung eines besonderen Prüfungstermins ist nicht erforderlich. Über den Berichtigungsantrag kann das Gericht ohne mündliche Verhandlung beschließen (§ 73).

A. Meyer, DJZ. **04** 262: Der einseitige Anerkennungsakt des Konkursverwalters ist zum Berichtigungsbeschluß erforderlich und genügend; es kann keinen Unterschied begründen, ob die Anerkenntnis der Forderung im Prüfungstermine oder später erfolgt.

§ 148. Schönfeld, DJZ. **04** 802: Für die Kostenberechnung ist das Verhältnis der beiden Massen zur Zeit der Klagerhebung (§ 4 ZPO.) maßgebend, selbst wenn hinterher durch neue Zuflüsse die Teilungsmasse oder durch neue Anmeldungen die Schuldenmasse vergrößert wird.

Fünfter Titel. Verteilung.

Vorbemerkung: Zu diesem Titel der KO. liefert das Berichtsjahr nur eine geringe Ausbeute. Förderlich und zutreffend sind die Ergebnisse von Quaatz in seinem Aufsatze in AbürgR. 24.

§ 151. Quaatz, AbürgR. **24** 40: Im Konkurse über das Vermögen einer verwaltungsgemeinschaftlichen Ehefrau sind die Vorbehaltgläubiger und die unbeschränkten Gläubiger getrennt zu verzeichnen. Von denen, die Befriedigung aus dem Eingebrachten fordern, hat der Verwalter ebenso wie der Gerichtsvollzieher einen Titel gegen den Mann zu verlangen.

§ 158. Quaatz, AbürgR. **24** 40: Besteht im Konkurse einer verwaltungsgemeinschaftlichen Ehefrau unter Gläubigern oder zwischen einem Gläubiger und dem Verwalter Streit darüber, ob ein Gegenstand zum Vorbehaltsgute oder zum Eingebrachten gehört, so ist der Beschwerdeweg zulässig.

§ 163. RG. JW. **04** 491: Anfechtungsprozesse werden durch die Aufhebung des Konkursverfahrens in der Hauptsache gegenstandslos. Der Gemeinschuldner tritt nur im Kostenpunkte in die prozessuale Parteistellung ein. Bei der Entscheidung über diesen ist zu prüfen, ob der Anfechtungsanspruch begründet war. Im Falle der Bejahung dieser Frage treffen die Kosten den Anfechtungsgegner infolge seines unbegründeten Widerspruchs.

§ 164. *Jaeger, R. **04** 590 und 620: Einen zur Betreibung der Liegenschaftsvollstreckung ausreichenden Titel liefert dem absonderungsberechtigten Konkursgläubiger nicht nur das auf Grund der Pfandklage erwirkte Urteil, sondern auch

1. ein schon vor dem Konkurs auf Grund der Schuldklage (also z. B. für eine Wechsel-, Darlehens-, Kaufpreisforderung) erstrittenes Urteil. Das ergibt mit Sicherheit der § 13 KO.;

2. ja sogar die vom Gemeinschuldner persönlich nicht bestrittene „Feststellung" der pfandgedeckten Konkursforderung im Prüfungstermine. Das folgt aus dem Gedanken des § 164 Abs. 2 (194, 206) KO. Danach äußert die ohne Widerspruch des Gemeinschuldners erfolgte Feststellung von Anfang an die

materielle Rechtskraft eines unanfechtbaren Urteils. Sie wirkt sofort als Titel im Sinne des § 104 Abs. 1 ZPO. wie im Sinne des § 2 AnfG., in letzterer Hinsicht dem Konkursgläubiger als solchem die Einzelanfechtung in bezug auf das konkursfreie Vermögen des Schuldners (§ 13 Abs. 5 AnfG.) und dem Realgläubiger die Einzelanfechtung zugunsten seines Realrechts ermöglichend. Sie wirkt auch sofort als Titel zur Betreibung der unabhängig vom Konkurse erfolgenden Absonderung.

§ 166. *Stern, Die Schuldverschreibungsgläubiger im Konkurse der Hypothekenbank 53: Eine Möglichkeit, unbekannte Schuldverschreibungsgläubiger des Gemeinschuldners im Wege des Aufgebots auszuschließen und dadurch eine sichere Nachtragsverteilung unnötig zu machen, besteht nicht.

§ 168. Quaatz, AbürgR. **24** 43: Im Konkurs einer verwaltungsgemeinschaftlichen Ehefrau hat der Verwalter nach § 168 Ziff. 4 die Anteile der Gläubiger zurückzubehalten, deren Recht auf Befriedigung aus dem Eingebrachten noch nicht feststeht.

Sechster Titel. Zwangsvergleich.

Vorbemerkung: Zum Rechte des Zwangsvergleichs sind eine Reihe interessanter Entscheidungen zu verzeichnen. Einmal ist es vorgekommen, daß ein Gericht einen bedingten Zwangsvergleich bestätigt hat. Einem anderen ist insofern ein Irrtum untergelaufen, als es einen Vergleich bestätigte, der nicht mit der gehörigen Mehrheit angenommen worden war. Beide Fälle bilden mit den dazu ergangenen Entscheidungen wertvolle Beiträge zur Erläuterung der Rechtsnatur des Zwangsvergleichs. Die Entscheidung in dem zweiten der angeführten Fälle läßt sich insbesondere für die Urteilstheorie verwerten. In gleicher Weise läßt sich die Entscheidung des RG. verwenden, wonach eine Anfechtung des Zwangsvergleichs wegen Irrtums ausgeschlossen sein soll. — Weiter ist sich die Rechtsprechung darüber einig, daß der Zwangsvergleich eine natürliche Verbindlichkeit in Ansehung des erlassenen Forderungsteils zurückläßt.

Schon seit einiger Zeit sind Bestrebungen hervorgetreten, einen Zwangsvergleich zur Abwendung des Konkurses im Reiche gesetzlich einzuführen und in dieser Beziehung dem Vorgang anderer Länder zu folgen. In den Zeitschriften ist deshalb die Aufmerksamkeit auf die ausländische Gesetzgebung gerichtet worden. Lehrreich ist besonders der Aufsatz von Gertscher, BuschsZ. **33** 176 ff., der das italienische Gesetz über den concordato preventivo vom 24. 5. 03 eingehend behandelt. Gesetzgebungsvorschläge bringt Wagner in seiner Schrift: Der Schuldnachlaß, ein Versuch zur Regelung eines Zwangsvergleichs außerhalb des Konkursverfahrens (Berlin 1904). Auf der Tagesordnung des Deutschen Anwaltstags von 1905 stand der Gegenstand gleichfalls. Das lebendige Interesse, das der Vorvergleich jetzt genießt, rechtfertigt es, wenn dem Bericht über den sechsten Titel der KO. eine kurze Einleitung hierüber vorausgeschickt wird, worin auch einige in der letzten Zeit ergangene Entscheidungen Platz finden mögen. Auf einige Gesetzesstellen, die einen Akkord oder ein Moratorium vorsehen und teilweise regeln, sei schließlich noch hingewiesen. Es sind dies: § 69 PrivVUntG. und die §§ 11 ff. des G. betr. d. gemeins. Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen vom 4. 12. 99.

Einleitung, betr. den außergerichtlichen Akkord und den Vorvergleich.

Literatur: Herzfelder, Das Problem der Kreditversicherung. Leipzig 1904.

OLG. Hamburg, SeuffA. **60** 56: Läßt sich ein Gläubiger dafür, daß er einem außergerichtlichen Nachlaßvertrage zustimmt, Akzepte in Höhe seines Ausfalls vom Schuldner geben, so ist dies nicht betrüglich, sondern gültig.

OLG. Stuttgart, R. **04** 479 Nr. 1951: Die Ausbedingung von Sondervorteilen gegenüber dem Akkordbürgen verstößt wider die guten Sitten.

Marcus, DJZ. **04** 307 gegen **RG. 6** 227: Begünstigungsabreden zwischen einem Schuldner und einem Gläubiger in bezug auf einen geplanten

außergerichtlichen Akkord verstoßen wider die guten Sitten; zu vgl. auch SeuffA. **59** 258 Nr. 145 und Schneider, AbürgR. **25** 294 ff.

*Wagner, Der Schuldnachlaß, schlägt ein besonderes Verfahren vor unter Leitung des Richters, dem zwei geschäftskundige Vertrauensmänner zur Seite gestellt sind. Das Verfahren bezweckt, dem Gemeinschuldner, zumal demjenigen, der ohne erhebliche eigene Schuld in Schwierigkeiten geraten ist, zur Ordnung seiner geschäftlichen Verhältnisse einen Nachlaß seiner Schuld (Schuldnachlaß) durch einen Mehrheitsbeschluß seiner Gläubiger zu verschaffen und es ihm so zu ermöglichen, einen Konkurs zu vermeiden. Bei diesem Verfahren soll der Gemeinschuldner die Verfügung über sein Vermögen behalten und ein Verwalter nicht bestellt werden, auch soll weder eine öffentliche Bekanntmachung der Einleitung des Verfahrens noch ein öffentlicher Aufruf der Gläubiger stattfinden. Gleichwohl wird ein ausreichender Schutz gegen die Benachteiligung einzelner Gläubiger und gegen einen Mißbrauch des Verfahrens vorgesehen.

§ 173. **RG. 56** 70, JW. **04** 72, R. **04** 143 Nr. 687: Auch ein bedingter Zwangsvergleich ist statthaft. Die Gläubiger können insbesondere den Bestand des Vergleichs vom Eintritt eines Bürgen abhängig machen.

*Jäger, Das Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs 539: Der Zwangsvergleich (Nachlaßvertrag) ist eine besondere mildere Form der Zwangsvollstreckung, welche die gewöhnliche unter bestimmten Voraussetzungen ersetzt und die sich im allgemeinen an den Konkurs anlehnt; vgl. dazu Seuffert, BuschsZ. **32** 435.

§ 175. Bondi, BuschsZ. **32** 236: Ziff. 1 ist nicht anwendbar, wenn ein gesetzlicher Vertreter den Offenbarungseid verweigert. Weigert sich aber einer von mehreren persönlich haftenden Gesellschaftern der offenen Handelsgesellschaft oder der Kommanditgesellschaft oder einer von mehreren Erben, so ist der Zwangsvergleich unstatthaft.

§ 181. OLG. Marienwerder, PosMschr. **04** 57, R. **04** 316 (1440): Die Einrede der Bevorzugung eines einzelnen Konkursgläubigers beim Zwangsvergleich ist eine Einrede der Arglist. Zur Richtigkeit genügt, daß das Bewußtsein der Bevorzugung bei einem der Vertragschließenden vorliegt.

OLG. Hamburg, SeuffA. **60** 56 Nr. 31: Bei einem außergerichtlichen Akkord ist § 181 nicht entsprechend anzuwenden. Wird ein einzelner Gläubiger heimlich begünstigt, so ist dies gültig. Es fragt sich nur, ob nicht die getäuschten Gläubiger ihren Beitritt anfechten können.

§ 182. **RG.** JW. **04** 298 Nr. 28, R. **04** 364 Nr. 1674: Wird der Vergleich bestätigt, obwohl die vorgeschriebenen Mehrheiten sich nicht gefunden haben, so ist er gleichwohl wirksam zustande gekommen, wenn der Bestätigungsbeschluß rechtskräftig wird.

§ 183. *Gottschalk, DJZ. **04** 199: Im Konkurse der offenen Handelsgesellschaft ist die Ehefrau stimmberechtigt. A. M. Meyer ebenda 342.

§ 184. **RG. 56** 70, JW. **04** 72, R. **04** 143 Nr. 687: Wird der Vergleich unter der Bedingung geschlossen, daß der Akkordbürge noch beitritt und sich der Zwangsvollstreckung unterwirft, so hindert das die Bestätigung nicht, wenn es auch zweckmäßiger ist, den Eintritt oder den Ausfall der Bedingung abzuwarten. Tritt der Bürge in der bezeichneten Weise bei, so findet gegen ihn die Zwangsvollstreckung aus dem Vergleiche statt.

§ 190. **RG. 56** 70, JW. **04** 72, R. **04** 143 Nr. 687: Hat das Gericht einen aufschiebend bedingten Zwangsvergleich bestätigt, so kann es die Aufhebung des Verfahrens nicht vor dem Eintritte der Bedingung verfügen. Beim Ausfallen der Bedingung muß das Verfahren fortgestellt werden.

RG. 58 414, **R. 05** 168 (746): Nach der Aufhebung des Konkurses infolge Zwangsvergleichs tritt der Gemeinschuldner in die anhängigen Anfechtungsprozesse als Partei hinsichtlich der Kostenfrage ein. Für die Entscheidung der Kostenfrage kommt es darauf an, ob die Klage bei Fortdauer des Konkurses Erfolg gehabt haben würde.

§ 193. 1. **RG.** JW. **04** 298 Nr. 28, **R. 04** 364 Nr. 1674: Die rechtskräftige Bestätigung macht den Zwangsvergleich auch dann wirksam und vollstreckbar, wenn er nicht mit der vorgeschriebenen Mehrheit angenommen worden ist.

RG. JW. **04** 112 Nr. 8: Zu den Mitschuldnern gehören auch die vor der Konkurseröffnung ausgeschiedenen Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft. Für diese gilt § 211 nicht.

2. **RG. R. 04** 533 Nr. 2332, Holdheims MSchr. **04** 130: Der nach dem 1. 1. 00 geschlossene Zwangsvergleich läßt eine Anstandspflicht des Schuldners zur Bezahlung des erlassenen Teiles seiner Schulden bestehen.

OLG. 6 369 (Augsburg): Die sittliche Verpflichtung, die durch den Zwangsvergleich erlassene Forderung voll zu zahlen, kann (nach gemeinem Rechte) eine genügende Grundlage für ein Schuldanerkenntnis bilden. Durch ein solches kann die ursprüngliche Forderung wieder hergestellt werden.

OLG. 8 89 (Colmar): Hat der Gemeinschuldner auf eine Konkursforderung über die Vergleichsquote hinaus etwas gezahlt, so ist eine Rückforderung ausgeschlossen. Nach Annahme des Zwangsvergleichs erlöschen nicht die Konkursforderungen, sondern bestehen fort, nur die Klagbarkeit geht ihnen ab. Die nachträgliche Zahlung des nichtgedeckten Schuldenrestes ist keine Schenkung, sondern eine durch Sitte und Anstand gebotene Pflicht.

§ 194. RG. 56 70, JW. **04** 72, **R. 04** 143 Nr. 687: Ist ein Zwangsvergleich unter der Bedingung angenommen und vom Gerichte bestätigt worden, daß ein Dritter die Bürgschaft für den Gemeinschuldner übernehme, so findet gegen den Bürgen die Zwangsvollstreckung aus dem Vergleiche statt, auch wenn er erst nach der Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses die verpflichtende Erklärung abgegeben und damit die Bedingung erfüllt hat.

§ 196. RG. SeuffA. **59** 87: „Geltendmachen" ist gleichbedeutend mit „Vorbringen", „Anführen", „Behaupten"; es umfaßt nicht die Glaubhaftmachung.

RG. 57 270, JW. **04** 298 Nr. 28: Wegen Irrtums findet eine Anfechtung des Zwangsvergleichs nicht statt. Auch der Vergleichsbürge kann seine Bürgschaftserklärung wegen Irrtums nicht anfechten.

RG. JW. **04** 298 Nr. 28: Ein Zwangsvergleich kann mit der Restitutionsklage angefochten werden.

Siebenter Titel. Einstellung des Verfahrens.

Vorbemerkung: Zu diesem Titel ist lediglich auf zwei Aufsätze zu verweisen: Kurlbaum, Über die Forderung eines Kostenvorschusses bei Konkursen nach der Eröffnung, DJZ. **04** 1082, und Gottschalk, Forderung eines Kostenvorschusses usw., DJZ. **04** 939. Der wesentliche Inhalt dieser Aufsätze ist bei § 107 mitgeteilt worden.

Achter Titel. Besondere Bestimmungen.

Vorbemerkung: Den aktienrechtlichen Bestimmungen der KO. und den konkursrechtlichen Bestimmungen des HGB. ist auch im Berichtsjahre von verschiedenen Seiten Aufmerksamkeit zugewendet worden. An Entscheidungen sind nur wenige zu erwähnen. Mit Recht hat das RG. einen Konkurs über das Vermögen einer nichtigen GmbH. für zulässig erklärt. § 213 ergibt, daß die Rechtsfähigkeit keine Voraussetzung der Konkursfähigkeit ist. Den Konkurs des nicht rechtsfähigen Vereins behandelt Nußbaum in einem interessanten und lehrreichen Aufsatze (Buschs Z. 35 134ff.). Zum Nachlaßkonkurse war

insbesondere auf den bereits mehrfach angeführten Aufsatz Rosenmeyers (Buschs Z. 32) zu verweisen. Zum internationalen Rechte (§§ 237, 238) war die Ausbeute im Verhältnisse zur vorigen Berichtszeit gering.

Literatur: Bett, Der Konkurs der Aktiengesellschaft und ihre Erneuerung. (Leipzig 1904.) — Bouvier-Bangillon, La faillite d'une société entraîne-t-elle cessation des pouvoirs des gérants ou administrateurs? Journal des sociétés 23 193ff. — Kohler, Besprechung der Brüsseler Beschlüsse des Institut de droit international von 1902, AzivPr. 95 346ff. — Meyer, Praktische Streifzüge auf dem Gebiete der Erbenhaftung. Berlin 1904. — Rolin, Étude sur la faillite en droit international privé spécialement sur le traité franco-belge. Revue de droit international 2e sér 5 492ff.

§ 207. 1. *Wieland, Goldschmidts Z. 55 469 ff. gegen RG. 49 63: Zur Geltendmachung der Ansprüche aus § 241 Abs. 3 HGB. sind die einzelnen Gläubiger auch nach der Konkurseröffnung noch befugt. Sie dürfen jedoch nicht mehr ihre volle Forderung bezahlt verlangen, sondern nur einen verhältnismäßigen Anteil. Dieser Anteil ist solange nicht bestimmbar, als die Zahl der Gesellschaftsgläubiger und der Betrag ihrer Forderungen noch nicht feststeht. Deshalb ist § 432 BGB. entsprechend anzuwenden. Der einzelne Gläubiger kann daher den Vorstand auf Bezahlung des ganzen von ihm geschuldeten Betrags zugunsten der Masse verklagen.

2. Kohler, AzivPr. 95 345: Werden gemäß § 217 HGB. Ansprüche gegen einzelne Aktionäre geltend gemacht, so besteht neben der allgemeinen Konkursgemeinschaft eine besondere. Das Eingegangene steht in ihrem Eigentume.

§ 208. RG. (Strafs.) JW. 04 246 Nr. 4: Die Vorstandsmitglieder und Liquidatoren haben keine Überlegungsfrist zur Anstellung von Sanierungsversuchen. Sie haben vielmehr die Konkurseröffnung sofort zu beantragen (§ 240 HGB.), sobald die Zahlungsunfähigkeit eintritt.

§ 209. Kohler, AzivPr. 95 342 ff.: Im Konkurse der Kommanditgesellschaft kann nicht bloß die Gesellschaft, sondern es können auch die Gläubiger die Leistung der Einlage verlangen. Die Gläubiger können ihre Ansprüche nur in der Art einer Konkursgemeinschaft geltend machen. Diese Konkursgemeinschaft bildet sich neben derjenigen, die das Vermögen der Kommanditgesellschaft beschlagnahmt. Ihre Organe sind ziemlich dieselben. Doch ist die zweite Gemeinschaft nicht Beschlagsrechts- sondern Eigentumsrechtsgemeinschaft. Hat einer der Gläubiger mit dem Kommanditisten besondere Abmachungen getroffen, so wird er möglicherweise auf den vom Kommanditisten erlangten Betrag nicht berechtigt sein.

§ 211. RG. 56 362, JW. 04 112 Nr. 8: Die persönliche Haftung bereits ausgeschiedener Gesellschafter wird durch den Zwangsvergleich nicht begrenzt. Für diese gilt § 193.

§ 213. 1. RG. HoldheimsMSchr. 04 297, JW. 04 503 Nr. 35: Über das Vermögen einer für nichtig erklärten Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann der Konkurs eröffnet werden (§§ 71, 64 des Ges. v. 20. 4. 92). Das gleiche gilt von einer Gesellschaft, die zwar noch nicht für nichtig erklärt worden ist, bei der aber eine Nichtigkeitserklärung hätte beantragt werden können. Die Vereinigung der Geschäftsanteile in einer Hand hat die Auflösung nicht zur Folge.

2. a) Nußbaum, BuschsZ. 35 134 ff.: Nach § 50 ZPO., und § 72 KO. hat der nicht rechtsfähige Verein im Konkurse die Stellung einer juristischen Person. Gemeinschuldner sind die Mitglieder in ihrer Gesamtheit. Der Aufenthaltsbeschränkung nach § 101 ist nur der Vorstand unterworfen. Die Briefsperre (§ 125) trifft nur die an den Verein als solchen gerichteten Sendungen. Legt der Vorstand sein Amt nieder, so muß das Gericht nach § 57 ZPO. § 72 KO. einen Vertreter für das Verfahren bestellen. Durch die Handlungen des Verwalters wird eine persönliche Haftung weder für diesen selbst (§ 54 BGB.),

noch für die Vereinsmitglieder begründet; den Gläubigern haftet nur die Masse. — Der Antrag auf Konkurseröffnung ist vom Vorstande sowohl bei Überschuldung wie bei Zahlungsunfähigkeit zu stellen (Analogie aus § 42 Abs. 2 BGB.). Der Zwangsvergleich begrenzt die Haftung der Mitglieder nicht (§ 193). Der Vorstand haftet persönlich für die Erfüllung des von ihm abgeschlossenen Zwangsvergleichs (§ 54 BGB.)

b) OLG. Braunschweig, SeuffA. **59** 434 Nr. 249: Unter die Vorschrift fallen auch die nichtrechtsfähigen Vereine des älteren Rechtes, insbesondere die sog. modifizierten Sozietäten des gemeinen Rechtes.

§ 214. Rosenmeyer, BuschsZ. **32** 275 ff.: Die Eröffnung des Nachlaßkonkurses ist nicht mehr statthaft, wenn über das Vermögen des Erben mit Einschluß des Nachlasses der Konkurs eröffnet worden ist. (Gegen die herrschende Meinung.)

Josef, DNotVZ. **4** 134 ff., R. **04** 399: Das Schweben des Nachlaßkonkurses hindert die gerichtliche Vermittelung der Erbauseinandersetzung.

Rosenmeyer, BuschsZ. **32** 291: Wird über das Vermögen eines Erben mit Einschluß des dürftigen Nachlasses Konkurs eröffnet, so erhalten die Nachlaßgläubiger nur soviel aus der Gesamtmasse, wie der Nachlaß ihnen hätte bieten können.

§ 219. Rosenmeyer, BuschsZ. **32** 276: Die Vorschrift trifft nur zu, wenn der Nachlaß Neuerwerb ist, oder wenn vor der Eröffnung des Erbenkonkurses eine Nachlaßverwaltung angeordnet worden war, nicht aber, wenn über das Vermögen des Erben mit Einschluß des Nachlasses das Verfahren eröffnet ist. Im letzten Falle ist ein besonderer Nachlaßkonkurs überhaupt unzulässig.

§ 221. Meyer, BuschsZ. **32** 389: Im Falle einer Geldpfändung kann der Verwalter des nachmals eröffneten Nachlaßkonkurses nur dann die Aushändigung des Geldes durch den Gerichtsvollzieher verlangen, wenn die Abwendung einer vorläufigen Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung nachgelassen war. Sonst hat die Aushändigung an den Gläubiger zu erfolgen; der Verwalter ist auf eine etwaige Anfechtung der Pfändung angewiesen.

§ 224. 1. Stobbe, DJZ. **04** 308, 309: Die Beerdigungskosten des Erblassers können, falls kein Nachlaßkonkurs eröffnet worden ist, nur gegen die Erben, den Ehegatten oder die unterhaltspflichtigen Verwandten, beim Fehlen solcher gegen die Armenkasse geltend gemacht werden.

2. Rosenmeyer, Buschs Z. **32** 272: Ist über das Vermögen eines Erben mit Einschluß des Nachlasses der Konkurs eröffnet, so gelten die Forderungen Ziff. 2—5 als Masseschulden.

§ 225. **RG. 55** 158: Wenn das Gesetz sagt, der Erbe trete an die Stelle des befriedigten Gläubigers, so ist damit ein gesetzlicher Forderungsübergang gemeint. Nach den §§ 412, 401 BGB. gehen die hypothekarischen Rechte auf den Erben als den neuen Gläubiger mit über (gegen Petersen-Kleinfeller Bem. 5 zu § 225).

§ 226. Rosenmeyer, Buschs Z. **32** 271: Ist über das Vermögen eines Erben mit Einschluß des Nachlasses Konkurs eröffnet, so stehen Ansprüche aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen mit den übrigen Konkursforderungen auf gleicher Stufe.

Rosenmeyer, Buschs Z. **32** 285: Die im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubiger können wohl den Nachlaßkonkurs, nicht aber den Konkurs über das übrige Vermögen des Erben, also auch nicht den Konkurs über das Erbenvermögen mit Einschluß des Nachlasses (Gesamtvermögenskonkurs) beantragen. Ist aber einmal Gesamtvermögenskonkurs eröffnet, so nehmen sie daran teil, bekommen aber nur soviel als der Nachlaß hätte bieten können.

§ 237. 1. Kleinfeller, Böhms Z. **13** 560: Der von einem deutschen Konsular- oder Schutzgebietsgericht erlassene Eröffnungsbeschluß äußert im Reichsgebiete in den gesamten Schutzgebieten und in Konsulargerichtsbezirken dieselben Wirkungen wie der von einem deutschen Amtsgerichte erlassene Eröffnungsbeschluß.

2. OLG. Colmar, R. **04** 556 Nr. 2427: Auf ein im Auslande eröffnetes Verfahren kann im Inlande eine Anfechtung nur insoweit gestützt werden, als eine derartige Anfechtuug durch das ausländische Recht zugelassen ist.

3. Rechtsbank Amsterdam, Böhms Z. **13** 603: Der deutsche Konkursverwalter darf in Holland nicht Prozesse führen. Der Gemeinschuldner wird in contumaciam verurteilt, obwohl der Konkursverwalter einen Advokaten zur Vertretung bestellt hatte.

4. Cour de Cassation, Böhms Z. **14** 497: In Frankreich ist ein auf Kuba geschlossener und dort gerichtlich bestätigter Konkursvergleich in Ermangelung eines Exequatur nicht wirksam. Er bindet auch die zustimmenden Gläubiger nicht.

Drittes Buch. Strafbestimmungen.

Vorbemerkung: Da der betrügliche Bankerutt zur Zuständigkeit der Schwurgerichte gehört, so hat das RG. nur selten Gelegenheit, den § 239 durch Entscheidungen zu erläutern. Deshalb besteht auch Streit darüber, was unter der „Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen" zu verstehen sei. Weber hat sich in dem Aufsatze im GerS. **65**, worin er von dem Prozesse gegen die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats der Leipziger Bank ausgeht, mit der Benachteiligungsabsicht eingehend beschäftigt. — Zu Bedenken kann die Entscheidung des RG. Anlaß geben, wonach ein Minderjähriger, dessen Erwerbsgeschäft nicht nach den §§ 112, 1645, 1823 BGB. vom Vormundschaftsgerichte genehmigt ist, des Bankeruttdelikts nicht fähig sein soll. Dann dürfte auch seine Firma im Handelsregister nicht eingetragen werden. In dieser Beziehung ist aber KG. 6. 6. 00 (ZBlFrG. **1** 339) anderer Meinung. — Das Preuß. JMBl. brachte eine Übersicht der Fälle, in denen Großbritannien, Irland und die britischen Kolonien wegen Konkursdelikten ausliefern.

§ 239. I. 1. **RG.** JW. **04** 128 Nr. 18: Ein Minderjähriger, der zum Betriebe des Erwerbsgeschäfts die Genehmigung des Vormunds nicht erhalten hatte, ist des Bankeruttverbrechens nicht fähig.

2. Weber, GerS. **65** 63 ff., bes. 108: Der betrügliche Bankeruttierer muß nicht handeln in der Absicht, seinen Gläubigern einen Vermögensnachteil zuzufügen. Vielmehr liegt der Nachteil, der von ihm beabsichtigt sein muß, in den einzelnen Bankerutthandlungen. Die Willensrichtung, die der subjektive Tatbestand „in der Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen" fordert, ist nicht als dolus eventualis aufzufassen. Selbst der reine Vorsatz, dolus directus, genügt zur Erfüllung des Absichtsbegriffs nicht. Vielmehr ist nötig, daß die Gläubigerbenachteiligung für den Schuldner das Motiv seines Handelns bildet.

3. PreußMinBl. **05** 21: Nach englischem Rechte ist das Bankeruttverbrechen nur gegeben, wenn der Konkurs eröffnet worden ist; die bloße Zahlungseinstellung genügt nicht. Deshalb kann bei bloßer Zahlungseinstellung Auslieferung aus Großbritannien, Irland und den britischen Kolonien nicht verlangt werden.

II. Ziff. 1. JMBl. **05** 21: Die Verheimlichung und Beiseiteschaffung von Vermögensstücken ist nach englischem Rechte nur strafbar, wenn deren Wert mindestens zehn Pfund Sterling beträgt. Ist die Verschweigung oder Zurückhaltung gegenüber dem Konkursverwalter verübt worden, so kommt es auf den Wert der Vermögensstücke nicht an. Strafe tritt nur ein, wenn die Handlung nach dem Antrage auf Konkurseröffnung oder in den letzten vier Monaten vorher begangen worden ist.

III. Ziff. 2. 1. *Nußbaum, AbürgR. **24** 332 gegen v. Seeler ebda 8 ff.: Ein Gemeinschuldner, der sich wegen einer Spielschuld absichtlich verurteilen läßt, um die anderen Gläubiger zugunsten des Spielgläubigers zu benachteiligen, macht sich nicht strafbar. Die Spielschuld ist keine erdichtete.

2. JMBl. **05** 21: Dieser Tatbestand steht nach englischem Rechte nur dann unter Strafe, wenn er nach dem Antrage auf Konkurseröffnung oder innerhalb der letzten vier Monate vorher erfüllt worden ist.

IV. Ziff. 3. JMBl. **05** 21: Diese Handlung steht nach englischem Rechte nicht unter Strafe.

V. Ziff. 4. 1. JMBl. **05** 21: Die Vernichtung, Verheimlichung oder Veränderung von Handelsbüchern ist nach englischem Rechte nur strafbar, wenn sie nach dem Eröffnungsantrage oder in den letzten vier Monaten vorher begangen wurde. Die mangelhafte Führung der Handelsbücher ist nach englischem Rechte straffrei.

2. Weber, GerS. **62** 362 ff., **65** 63 ff.: Es kommt nicht bloß auf die äußere Form der Bücher, sondern auch auf ihren materiellen Inhalt an. Ist dieser unwahr und deshalb die wahre Vermögenslage nicht erkennbar, so hat Bestrafung einzutreten, obgleich die Buchführung als solche durchaus korrekt zu nennen ist. (Zu vgl. auch Rehm, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften 897 ff.).

§ 240. Ziff. 1. JMBl. **05** 21: Diese Handlung ist nach englischem Rechte straffrei.

Ziff. 2. JMBl. **05** 21, 22: Die Verschleuderung von Waren oder Wertpapieren ist nach englischem Rechte nur strafbar, wenn der Schuldner ein Handelsgewerbe betreibt und während der letzten vier Monate vor dem Eröffnungsantrage oder Eröffnungsbeschlusse anders als im regelmäßigen Betriebe seines Gewerbes Waren oder Wertpapiere, die er auf Kredit entnommen und nicht bezahlt hat, verpfändet oder sonst darüber verfügt.

Ziff. 3. **RG.** DJZ. **04** 1188: Für die Frage, ob der Gemeinschuldner Vollkaufmann ist, ist entscheidend nicht nur die Höhe des Umsatzes und die Zahl der Lieferanten, sondern auch der Betrag des Geschäftskapitals, der Geschäftsertrag, der Umfang der Betriebsräume, die Zahl und die Bildung der Angestellten. Nur unter Würdigung aller dieser Umstände läßt sich ermessen, ob das Geschäft einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Betrieb erfordert.

RG. R. **04** 145 Nr. 717: Durch die Feststellung, daß die Handelsbücher des Angeklagten so unordentlich geführt sind, daß sie keinen Überblick seines Vermögensstandes gewähren, ist dem § 266 StPO. nicht genügt. Es müssen die Mängel der Buchführung im einzelnen angegeben werden. Rechenfehler für sich allein reichen nicht aus.

RG. R. **05** 171 (809): Wird ein vollständiges Verständnis der Vermögenslage des Gemeinschuldners nur durch Einsicht einer Reihe auf einander Bezug nehmender Stellen der Handelsbücher möglich, so ist die Übersicht nicht notwendig beeinträchtigt.

RG. Straff. DJZ. **04** 363 Nr. 21: Ist die Buchführung erst während der fünf letzten Monate vor der Eröffnung eine ordnungsmäßige geworden, so kann gleichwohl das Konkursvergehen vorliegen. Die unordentliche Buchführung der früheren Zeit wirkt bis zur Eröffnung fort.

Wegen der Auslieferung aus Großbritanien, Irland und den britischen Kolonien s. bei § 239 Ziff. 3 u. 4.

Ziff. 4. JMBl. **05** 21: Diese Handlung ist nach englischem Rechte straffrei.

§ 241. 1. **RG.** R. **04** 535 Nr. 2361: Gegenüber einer einheitlichen Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung kann beim Vorliegen einer mehrfachen Begünstigung von Gläubigern nur ein einheitliches Delikt der Gläubigerbegünstigung angenommen werden.

2. **RG.** R. **04** 288 Nr. 1372: Die Gläubigerbegünstigung kann mit dem Vergehen nach 288 StGB. in Idealkonkurrenz stehen. Die Absicht, eines Gläubigers Befriedigung zu vereiteln, läßt sich rechtlich und tatsächlich mit der weiteren Absicht, einen anderen Gläubiger zu begünstigen, vereinigen.

3. **RG. 56** 229: Ein Abtretungsvertrag, den der Gemeinschuldner einging, um einen Gläubiger vor den übrigen zu begünstigen, ist weder nach § 134 noch nach § 138 BGB. nichtig. An den Tatbestand des § 241 knüpft das Gesetz, wie aus den §§ 30 ff. KO. zu entnehmen ist, nicht die Rechtsfolge der absoluten Nichtigkeit.

4. JMBl. **05** 22: Die Gläubigerbegünstigung ist nach englischem Rechte nur strafbar, wenn sie sich zugleich als Beiseiteschaffung von Vermögensstücken im Werte von mindestens zehn Pfund Sterling darstellt, und wenn sie nach oder in den letzten vier Monaten vor dem Eröffnungsbeschlusse begangen worden ist.

§ 242. JMBl. **05** 22: Wegen dieses Verbrechens kann eine Auslieferung aus Großbritannien, Irland und den britischen Kolonien nur verlangt werden, wenn es eine Teilnahme an einem nach englischem Rechte strafbaren Konkursverbrechen des Gemeinschuldners enthält.

§ 244. 1. Nußbaum, BuschsZ. **34** 135: Die Vorstände nichtrechtsfähiger Vereine können nicht nach den §§ 239—241 gestraft werden, obwohl über das Vereinsvermögen nach § 213 ein besonderer Konkurs stattfindet.

2. JMBl. **05** 21: Dieser Tatbestand steht im englischen Rechte nicht unter Strafe.

Anfechtungsgesetz.

Vorbemerkung: Die wichtigsten Fragen des Anfechtungsrechts sind in der hergebrachten Weise bei der KO. behandelt worden. Die Entscheidungen, die zwar auch bei der KO. einschlagen, aber doch auf Grund des AnfG. ergingen, werden hier angeführt. Darunter kommen insbesondere die über die Anfechtung der Eheverträge in Betracht. Bei ursprünglich gesetzlichem Güterstande hat der Konkursverwalter in der Regel keinen Anlaß einen Gütertrennungsvertrag anzufechten (§ 1419 BGB.); bestand ursprünglich allgemeine Gütergemeinschaft, so hat er eher Grund dazu (§ 2 KO.). Anders liegt die Sache außerhalb des Konkurses; hier wird dem Zugriffe der Gläubiger des Mannes durch eine Ausschließung des gesetzlichen Güterstandes die Nutzung des Frauenguts nicht nur auf eine kurze Frist von zwei oder drei Wochen entzogen; deshalb wird die Frage der Anfechtung hier zu einer außerordentlich praktischen. — Des weiteren hatten die Gerichte sich häufig mit den Voraussetzungen der Anfechtung zu beschäftigen. Es mußte wiederholt hervorgehoben werden, daß es an einer die Gläubiger benachteiliegenden Rechtshandlung fehlte. Lehrreich ist in dieser Beziehung eine Entscheidung des OLG. Dresden; denn sie befaßt sich mit einem typischen Falle, der sich bei der Vollstreckung von Alimentenurteilen zu ereignen pflegt. Der Schuldner ändert seinen Dienstvertrag, arbeitet nur gegen Naturalverpflegung und verzichtet auf Geldlohn. Das ist dem Gläubiger zwar nachteilig, aber als Unterlassung eines Erwerbs keine Rechtshandlung im Sinne des Gesetzes. Die Zulässigkeit einer Feststellungsklage beim Mangel eines vollstreckbaren Titels hat das RG. verneint, und man ist geneigt das Urteil für zutreffend zu halten. Andererseits wird man dem OLG. Dresden Recht geben müssen, daß der Erlaß einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung des Anfechtungsanspruches vor der Erlangung des vollstreckbaren Titels statthaft sein muß, weil ein Bedürfnis dafür besteht. Der Gläubiger, der die Verfügung erwirkt hat, kann aber in eine unangenehme Lage kommen, wenn ihm die Klagfrist nach § 926 ZPO. bestimmt wird.

§ 1. 1. OLG. Darmstadt, R. **04** 533 Nr. 2334, HessRspr. **5** 52: Rechtshandlungen sind alle Handlungen des Schuldners, die nach der Rechtsordnung Rechtswirkungen haben, einerlei ob sie vertragsmäßig oder einseitig vorgenommen werden, also auch: Verträge, Veräußerung, Verzichte, Anerkenntnisse, ferner zivilprozessuale Verfügungsakte wie das Ablegen von Geständnissen, Ergehenlassen von Versäumnisurteilen usw.

2. a) OLG. Celle, R. **04** 339 (1576): Das Gesetz erfordert zur Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung in allen Fällen, daß dadurch wirklich eine Benachteiligung der Gläubiger herbeigeführt worden sei, wenn dies auch nur an einzelnen Stellen ausdrücklich hervorgehoben worden ist. Rechtshandlungen, die auf ein Unmögliches zielen und darum nach § 306 BGB. nichtig sind, sind der Anfechtung nicht verfangen, wenngleich der Schuldner bei ihrer Vornahme auf eine Gläubigerbenachteiligung ausging. Es fehlt dann an einem Interesse zur Anfechtung; ein lediglich theoretisches Interesse an der Feststellung des Anfechtungsrechts hat keinen Anspruch auf Beachtung.

b) OLG. Dresden, SächsA. **14** 398, R. **04** 506 Nr. 2167: Ist eine abgetretene Hypothek völlig wertlos, so bedeutet ihre Abtretung keine Benachteiligung der Gläubiger.

c) OLG. Dresden, SächsA. **14** 390: Die Veräußerung unpfändbarer Sachen ist nicht anfechtbar.

3. OLG. Dresden, SächsA. **14** 389, R. **04** 506 Nr. 2171: Widmet der Schuldner einem Dritten seine Dienste ohne ein entsprechendes Entgelt, so ist dies nicht anfechtbar. Es wird nichts aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, nur ein Erwerb unterlassen.

4. OLG. Dresden, SächsA. **14** 384, R. **04** 506 Nr. 2169: Die Abtretung der Mietzinsforderungen an einen Hypothekar gegen die Verpflichtung, die Hypothekenzinsen zu bezahlen, ist keine anfechtbare Rechtshandlung.

5. OLG. **8** 336, R. **04** 315 (1409) (Posen): Der Anfechtungsanspruch hat einen akzessorischen Charakter; er ist von der Forderung, deretwegen die Anfechtung erfolgt, nicht zu trennen. Ficht eine gütergemeinschaftliche Ehefrau eine Veräußerung an, die zur Vereitelung ihres gesetzlichen Unterhaltsanspruchs erfolgt ist, so gehört dieser Anfechtungsanspruch nicht zum Gesamtgute. Denn der Unterhaltsanspruch ist als nicht übertragbares Recht vom Gesamtgute ausgeschlossen.

6. **RG. 57** 102, JW. **04** 216 Nr. 36: Solange der Gläubiger keinen vollstreckbaren Titel hat und auf Seiten des Schuldners nicht das Befriedigungsunvermögen besteht, ist eine Anfechtungsklage unstatthaft; der Gläubiger kann auch nicht eine Feststellungsklage darauf erheben, daß er später möglicherweise zur Anfechtung berechtigt sein wird.

7. a) **RG.** JW. **04** 499 Nr. 32: Veräußerungsgeschäfte, wodurch ein Schuldner Vermögensstücke dem Zugriffe seiner Gläubiger entzieht, sind nur nach dem Reichsgesetze v. 21. 7. 79 anfechtbar. Ihre Nichtigkeit (§§ 134, 138 BGB.) ist nicht anzunehmen, weil das Reichsrecht an diese von ihm gemißbilligten Geschäfte nur die Anfechtbarkeit knüpft.

b) OLG. Dresden, SächsA. **14** 400, **RG. 56** 229: Eine Forderungsabtretung, die zum Zwecke der Gläubigerbenachteiligung erfolgt, ist nicht nichtig (§ 288 StGB., §§ 134, 138 BGB.), sondern lediglich anfechtbar nach dem Anfechtungsgesetze. —

8. **RG.** JW. **04** 392 (24), R. **04** 453 Nr. 1915: Durch Indossierung von Wechselakzepten werden die Befriedigungsmittel des Gemeinschuldners vermindert. Nicht der Verwalter, sondern der Anfechtungsgegner muß das der Indossierung

zugrunde liegende Geschäft klar legen, wenn er nachweisen will, daß tatsächlich die Gläubiger dadurch nicht benachteiligt worden sind.

§ 2. 1. **RG.** JW. **04** 499 Nr. 31: Auch fiduziarische Geschäfte können mit der paulianischen Klage angefochten werden. Doch müssen die Voraussetzungen hierfür vorliegen. Insbesondere muß der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel gegen den Schuldner in den Händen haben.

2. OLG. Dresden, SächsA. **14** 392: Wird vor der Erhebung der Anfechtungsklage vom Gläubiger gegen den Anfechtungsgegner eine einstweilige Verfügung, die eine Veräußerung verbietet, erwirkt, so sind deren Kosten dem Anfechtungsgegner aufzuerlegen, wenn ihre Ausbringung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nötig war. Eine solche Verfügung kann erlassen werden, ehe ein Schuldtitel vorliegt.

Feststellungsklage unzulässig s. bei § 1.

§ 3. I. Ziff. 1. 1. **RG.** JW. **04** 152 Nr. 30: Die Forderung des anfechtenden Gläubigers muß nicht zur Zeit der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung bestanden haben. Es ist nicht erforderlich, daß die Absicht des Schuldners auf die Benachteiligung gerade des später anfechtenden Gläubigers gerichtet ist. Hatte der Schuldner allerdings zur Zeit der Vornahme der angefochtenen Handlung keine Gläubiger, so wird er in der Regel auch keine Benachteiligungsabsicht haben, wenigstens ist eine gegenwärtige Absicht der Benachteiligung künftiger Gläubiger nicht ohne weiteres anzunehmen.

2. OLG. Celle, R. **04** 286 Nr. 1344: Es ist nicht ausgeschlossen, daß ein Käufer, der seine Verkäufer auffordert, die ihm verkauften Sachen, soweit sie noch bei ihm vorhanden sind, abzuholen, bei Rückgabe der Sachen in Benachteiligungsabsicht handelt.

3. OLG. Dresden, SächsA. **14** 383, R. **04** 506 Nr. 2168: Die Bestellung eines Nießbrauches zugunsten eines Hypothekengläubigers ist dann nicht anfechtbar, wenn damit nur bezweckt wird, den Hypothekaren die Mietzinserträgnisse zu sichern.

4. OLG. Dresden, SächsA. **14** 387, R. **04** 506 Nr. 2166: Hat ein Dritter dem Schuldner durch seine Interzession den Erwerb einer Forderung erst ermöglicht, so ist die Abtretung dieser Forderung an ihn nicht anfechtbar.

II. Ziff. 2. 1. OLG. Dresden, SächsA. **14** 392: Auch bei Deckungsgeschäften kann eine Benachteiligungsabsicht bestehen.

2. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 112, R. **04** 176 Nr. 830: Zur Durchführung der Klage aus § 3 Ziff. 2 genügt nicht der Nachweis, daß durch einen Vertrag aus dem Vermögen des Gemeinschuldners ein Vermögensstück herausgekommen ist. Es muß hinzukommen, daß der Schuldner kein völlig gleichwertiges Entgelt dafür erhalten hat.

3. a) OLG. Nürnberg, Buschs Z. **32** 397: Wird das eingebrachte Gut aus dem Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft sichergestellt, der der Mann angehört, so ist diese Sicherstellung trotz des § 1391 BGB. anfechtbar, wenn der Mann in Benachteiligungsabsicht handelte und die Frau darum wußte.

b) OLG. Dresden, SächsA. **14** 395: Die Rückgewähr des eheweiblichen Einbringens während bestehender Verwaltungsgemeinschaft ist anfechtbar. Die Frau hat nur einen Anspruch auf verzinsliche Anlegung des eingebrachten Geldes gemäß § 1377 BGB., nicht aber auf Rückgabe. § 1391 BGB. gibt ihr nur einen Anspruch auf Sicherheitsleistung. Voraussetzung hierfür bilden aber die schlechten Vermögensverhältnisse des Mannes nicht ohne weiteres. Auch auf § 1418 BGB. kann sich die beklagte Ehefrau nicht mit Erfolg berufen.

c) **RG.** **57** 161: Gewährt der Mann der Frau für das Eingebrachte Sicherheit lediglich in Erkenntnis der ihm hierzu obliegenden Verpflichtung und ge-

trieben durch ihre nachhaltige Aufforderung, so ist die Annahme nicht unberechtigt, daß ihm die Benachteiligungsabsicht fehlte. Dabei braucht ihm nicht entgangen zu sein, daß er durch die Hypothekenbestellung seinen übrigen Gläubigern ein Vollstreckungsobjekt schmälerte. Das Bewußtsein von der Entstehung eines Nachteils für die Gläubiger schließt die Benachteiligungsabsicht nicht notwendig in sich. Wenn der Beweggrund und das ihm entsprechende Ziel der Handlung nicht darauf gerichtet ist, den Gläubigern in betrüglicher Weise Gegenstände zu entziehen, so kann eine Benachteiligungsabsicht im gesetzlichen Sinne nicht als vorliegend erachtet werden.

III. Ziff. 3. 1. Wilhelm Müller, Iherings J. **48** 235: Die gemischte Schenkung ist ein Kombinationsgeschäft; auf sie sind Kauf- und Schenkungsregeln anzuwenden. Im Sinne des Anfechtungsrechts ist sie zu den unentgeltlichen Verfügungen zu rechnen, weil die Gegenleistung kein voller Ersatz für die Leistung ist.

2. O.LG. Dresden, SächsA. **14** 386, R. **04** 506 Nr. 2170: Die unentgeltliche Bestellung eines Nießbrauches an einem Grundstücke ist anfechtbar, auch wenn sie bezweckt, den Hypothekengläubigern die Grundstückserträgnisse zu sichern. Auch ein nicht dinglicher Gläubiger ist zur Anfechtung berechtigt; denn auch er ist nach § 1124 Abs. 2 BGB. zum Zugriffe auf die Mietzinsforderungen berechtigt.

IV. Ziff. 4. 1. a) **RG. 57** 81, JW. **04** 183 Nr. 33: Eine Änderung des Güterstandes durch Ehevertrag ist der Gläubigeranfechtung grundsätzlich nicht entzogen.

b) **RG.** JW. **04** 152 Nr. 30: Ein Ehevertrag, wodurch bestimmte, bisher errungengemeinschaftliche Vermögensgegenstände zu Vorbehaltsgut gemacht werden, kann anfechtbar sein.

c) OLG. **7** 57 (Colmar): Ein Ehevertrag, durch den die Fahrnisgemeinschaft aufgehoben und Gütertrennung vereinbart wird, kann mit der paulianischen Klage angefochten werden. Ein Urteil, das nach § 1468 BGB. ergeht, ist der Gläubigeranfechtung entzogen. Ob ein Vertrag, der unter den Voraussetzungen des § 1468 BGB. geschlossen wird, anfechtbar sei, bleibt dahingestellt. Denn an diesen Voraussetzungen mangelt es eben.

2. OLG. Dresden, SächsA. **14** 401, R. **04** 506 Nr. 2172: Ist vor dem 1. 1. 00 ein Heiratsgut zurückgegeben worden, so entscheidet über die Anfechtbarkeit das frühere Recht. Wenn die Beteiligten den vor dem 1. 1. 00 geschaffenen Zustand bestehen ließen, so wiederholten sie damit die Rechtshandlung nicht.

§ 4. RG. 57 30: Der Anfechtungsgläubiger hat dem Gegner eine einstweilige Verfügung, die sich auf den Anfechtungsanspruch bezog und seine im Gesuche ausgedrückte Anfechtungsabsicht deutlich wiedergab, zustellen lassen. Diese Zustellung steht der Zustellung eines Schriftsatzes gleich und setzt die Zweijahrsfrist in Lauf.

§ 5. 1. Hellwig, DJZ. **05** 249: Die Einrede der Anfechtung kann auch dann noch vorgeschützt werden, wenn die Frist zwar zur Zeit der mündlichen Verhandlung, nicht aber zur Zeit der Klagerhebung abgelaufen war.

2. **RG. 56** 194, JW. **04** 75, R. **04** 143 Nr. 694: Der auf Eigentumserwerb gestützten Klage auf Freigabe von Pfändern kann die Anfechtungseinrede entgegengesetzt werden. Sind die zurückzugewährenden Sachen veräußert, so kann Duldung der Vollstreckung in die Kaufpreisforderung verlangt werden.

§§ 7—9. OLG. Dresden, SächsA. **14** 398: Verlangt der Anfechtungskläger, daß das veräußerte Recht vom Gegner wieder auf den Schuldner übertragen werde, so ist Verurteilung auf Duldung der Zwangsvollstreckung auszusprechen. Denn in dem Klagebegehren ist dieses Verlangen als das Mindere mitinbegriffen.

2. a) OLG. Dresden, SächsA. **13** 589: Ist ein Grundstück in anfechtbarer Weise veräußert worden, so geht der Rückgewährsanspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek. Dieser Anspruch kann durch eine Vormerkung im Wege einer einstweiligen Verfügung gesichert werden.

b) **RG. 57** 27: Der Anfechtungsgegner, der ein Grundstück in anfechtbarer Weise erworben hat, hat es dadurch zurückzugewähren, daß er die Zwangsvollstreckung darein duldet. Hat der Anfechtungsgegner nach dem Erwerbe die Sache belastet, so ist er dem Anfechtungskläger gegenüber zur Entfernung der Belastungen verbunden. Hat der veräußernde Schuldner sich im Überlassungsvertrage vom Anfechtungsgegner die Eintragung eines Ausgedinges und einzelner Erbabfindungshypotheken ausbedungen, so ist zwar der Anfechtungsbeklagte als der Besteller dieser Rechte anzusehen. Doch stehen Erwerb und Belastung des Grundstücks in untrennbarem Zusammenhange. Der Anfechtungsbeklagte hat das Grundstück nicht frei von diesen Lasten erworben. Deshalb ist er nicht zu ihrer Beseitigung verpflichtet.

3. *Matthiessen, DJZ. **04** 162: Hat der Schuldner den ihm zustehenden Miteigentumsanteil an einem Grundstücke derart veräußert, daß dieser Anteil als solcher untergegangen ist (z. B. bei Veräußerung an den anderen Miteigentümer, so daß dieser nunmehr Alleineigentümer ist), so kann der Anfechtungsberechtigte mit Rücksicht auf § 864 Abs. 2 ZPO. seine Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung nur erlangen, nachdem der frühere Miteigentumsanteil des Schuldners durch Rückauflassung wiederhergestellt ist. Der Anfechtungsbeklagte ist daher auf Wiederauflassung des Grundstücks zum früheren Miteigentumsanteil an den Schuldner zu belangen behufs Befriedigung des Anfechtungsklägers im Wege der Zwangsvollstreckung.

Eine Mitwirkung des Schuldners bei dieser Auflassung ist nicht zu umgehen; sie kann im Klagewege nur erzwungen werden, wenn nach allgemeinen Grundsätzen ein Anspruch gegen ihn sich begründen läßt (vgl. § 823 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit § 288 BGB. oder mit §§ 239 Ziff. 1, 241 KO., event. § 826 BGB.); das Anfechtungsgesetz gibt nur Ansprüche gegen den dritten Erwerber.

→ Dieser Ansicht dürfte nicht beizutreten sein. Der Rückgewährsanspruch geht nur in erster Linie auf Duldung der Zwangsvollstreckung. Rückauflassung wird von der herrschenden Meinung abgelehnt. Der benachteiligte Gläubiger muß in solchem Falle auf Wertersatz klagen oder sich an die Kaufpreisforderung als das Rechtssurrogat halten. ← Red.

4. SächsOLG. **25** 148 (Dresden): Ist eine Hypothek in anfechtbarer Weise bestellt worden, so geht der Rückgewährsanspruch auf Vorrangseinräumung. Zur Rangänderung ist die Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich.

5. **RG. 56** 194, JW. **04** 75, R. **04** 143 (694): Die Rückgewähr erfolgt dadurch, daß der Anfechtungsgegner die Sachen, die an ihn veräußert wurden, zur Zwangsvollstreckung bereit stellt. Hat der Anfechtungsbeklagte die vom Schuldner erworbenen Sachen weiterverkauft, so ist er nicht zur Abtretung der aus dem Weiterverkauf erwachsenen Forderung an den Schuldner verpflichtet. Kann der Anfechtungsbeklagte der Rückgewährspflicht nicht durch Duldung der Zwangsvollstreckung genügen, so ist er zum Wertersatze verpflichtet. Im Falle des Weiterverkaufs kann er auch zur Duldung der Vollstreckung in die Kaufpreisforderung verurteilt werden. Ist dieser Kaufpreis höher als der Wert der Sache, so bleibt ihm der Vorteil.

6. OLG. Dresden, SächsA. **14** 390: Zu ersetzen ist nicht bloß der mutmaßliche Pfanderlös, sondern der wirkliche Wert der Sachen.

7. OLG. Dresden, SächsA. **14** 392: Der Anfechtungsgegner ist nicht berechtigt, das Zurückbehaltungsrecht aus § 1000 BGB. oder § 273 BGB.

geltend zu machen, weil er auf Grund einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung besitzt. Ersatz von Verwendungen (§§ 994, 996 BGB.) kann er nur widerklageweise fordern.

8. Wilhelm Müller, Iherings J. **48** 235: Bei der gemischten Schenkung ist Gegenstand der Rückgewähr nur die Bereicherung. Der Anfechtungsgegner hat also die Sache zum Zwecke ihrer Pfändung herauszugeben. Aus dem Erlöse erhält er den gezahlten Preis vorweg.

§ 11. **RG**. JW. **04** 368 Nr. 36: Nachdem die Schuldner ihr Anwesen ihrer Tochter übergeben hatten, heiratete diese und vereinbarte mit ihrem Manne die allgemeine Gütergemeinschaft. Da die paulianische Rückgewährspflicht eine obligatorische ist, so kann auch gegen eine gütergemeinschaftliche Ehefrau die Anfechtungsklage erhoben werden. Ob das Urteil in das Gesamtgut vollstreckt werden kann (§ 740 ZPO.) ist eine andere Frage. Die gegen die Frau gerichtete Anfechtungsklage darf aber nicht zurückgewiesen werden, weil der Mann nicht mit verklagt ist oder die Befriedigung des Gläubigers aus dem Gesamtgute nicht zu dulden braucht. Der gütergemeinschaftliche Ehemann wird als Rechtsnachfolger der Frau betrachtet. Es muß also geprüft werden, ob er die Umstände, die die Anfechtbarkeit des Erwerbs seiner Frau begründen, gekannt hat, bzw. ob er die gesetzliche Vermutung widerlegen kann.

§ 13. *Voß, Über das materielle Verhältnis der Konkursanfechtung und der Gläubigeranfechtung nach eröffnetem Konkurse (§ 13 AnfechtungsG. v. 17./20. Mai 1898), Iherings J. **47** 234 ff.: Auch bei der Gläubigeranfechtung scheidet der Gegenstand der Befriedigung aus dem Vermögen des Anfechtungsgegners aus und fällt in ein für die Befriedigung des Gläubigers dienstbares Sondervermögen des ursprünglichen Schuldners. Nach der Konkurseröffnung kann an stelle des Einzelgläubigers, jedoch auf der selbständigen Grundlage seines eignen Anfechtungsrechts, der Verwalter die Rückgewähr zur Masse verlangen. Das Anfechtungsrecht des Verwalters bildet auch die Grundlage für die Ausnutzung eines vom Einzelgläubiger erstrittenen rechtskräftigen Urteils und für die Durchführung bestrittener Verfolgungsrechte gegen Absonderungsberechtigte.

Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung

vom 24. März 1897.

Vorbemerkung: 1. Rechtswissenschaft und Rechtsprechung waren auch im Jahre 1904 rüstig an der Arbeit bei Auslegung und Anwendung dieses Gesetzes. Daß nicht überall, wie selbstverständlich, Einmütigkeit besteht, daß jeder Tag fast neue Zweifelsfragen bringt, wird nachfolgende Zusammenstellung ergeben. Riedner findet die 3 Hauptursachen der Schwierigkeiten des ZVG. a) in der Verwickeltheit des formalen Gesetzes an sich, b) in seinem Verhältnisse zu den überall zu berücksichtigenden Vorschriften des Zivilprozesses und des bürgerlichen Rechtes, c) in der Schaffung eines neuen, eigenartigen materiellen Prozeßrechts durch das Gesetz selbst. Er erachtete es als Aufgabe seines Kommentars, die hiedurch und durch das Streben des Gesetzes nach Kürze verursachte Undurchsichtigkeit und Lückenhaftigkeit möglichst zu beseitigen. Zur Erreichung dieses Zieles hält er für notwendig: klare äußerliche Anordnung des Stoffes, Ausfüllung der Lücken durch Anführung der ergänzenden Gesetze, Gebrauch von Beispielen, Verwertung und Sichtung der Literatur und Rechtsprechung, endlich Hinweise auf die Ausführungsgesetze.

2. Die Abkürzung „ZwV." bedeutet unten überall Zwangsversteigerung, „ZwVerw." dagegen Zwangsverwaltung.

3. Vgl. ferner die Vorbemerkung u. zu §§ 66 ff. u. §§ 146 ff.

Literatur: Samter, Handbuch zum Verfahren der ZwV. und ZwVerw. (Berlin, 1904.)

Erster Abschnitt. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken im Wege der Zwangsvollstreckung.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§ 1. 1. Kretzschmar, ZBlFrG. **4** 439 hält ZwV. eines einzelnen von mehreren auf einem Grundbuchblatt eingetragenen Grundstücken in den Fällen der §§ 890, 1131 BGB., 4, 86 GBO. für möglich, die ZwV. eines Realteils eines Grundstücks für unmöglich. — Anteile an gemeinschaftlichem Eigentume zur gesamten Hand (wie bei Gesellschaften und Erbengemeinschaften) können nach seiner Meinung der ZwVollstreckung, soweit solche überhaupt möglich, nur mittels Pfändung unterworfen werden, Anteile am ehelichen Gesamtgute vor Beendigung der Gemeinschaft überhaupt nicht. — Über ZwV. von Grundstücksbruchteilen führt er u. a. aus: Der auf dem ganzen Grundstück eingetragene Gläubiger kann auch nur einen Grundstücksbruchteil zur ZwV. bringen. Auch ist die Fortführung des ZwV.Verfahrens in einen Bruchteil nach späterer Vereinigung der Bruchteile in einer Hand zulässig. Wird die ZwV. verschiedener Bruchteile desselben Grundstücks betrieben, so bildet jeder für sich den Gegenstand eines besonderen Verfahrens; nur unter der Voraussetzung des § 18 kann die Versteigerung in demselben Verfahren stattfinden, wobei dann die §§ 63, 64, 112, 122 entsprechend anzuwenden sind. Vgl. JDR. **2** § 16 Ziff. 1 und unten § 17 Ziff. 1; aber auch § 864 Abs. 2 ZPO. und nachstehende Ziff. 2.

2. BadRpr. **70** 312: Das OLG. Karlsruhe ließ die ZwV. in den ideellen Eigentumsanteil an einem kleinen Walde, gestützt auf § 864 Abs. 2 ZPO. zu.

3. *Kluckhuhn in seinem Buche „Recht der Wirtschaftswege" 11, 159, 177, hält die ZwV. landwirtschaftlicher Zweckgrundstücke (vgl. auch JDR. **3** Ziff. 1 zu § 96 BGB.) z. B. von Wegen, Triften, Tränken, Weideplätzen (?), sei es im Wege der ZwV., sei es teilungshalber wegen deren grundsätzlicher Unteilbarkeit und ihrer Untrennbarkeit von den nutzbaren Hauptgrundstücken für unmöglich und widersinnig. Vgl. JDR. **2** Ziff. 13 u. u. Ziff. 4.

4. Dagegen bekämpft Friedrichs in seinem Kommentar zum PrZuständigkeitsG. 104 die Rechtsprechung des RG. in **RG. 4** 279 und U. III 413/98 v. 28. 4. 99, daß die Belastung eines Wegekörpers mit Hypotheken und dessen ZwV. unzulässig sei; er fügt bei: Da das Eigentum am Wegkörper ohne Einfluß auf die Öffentlichkeit des Weges ist, so kann es durch Zuschlag ebenso wie durch freiwillige Veräußerung übertragen werden.

§ 2. 1. **RG.** (Straff.) 17. 12. 04: Die Bestellung eines gemeinschaftlichen Gerichts hat auch bei jedem folgenden ZwV.Antrag gegen dieselben Grundstücke (Beitritt) zu erfolgen.

2. **RG.** 28. 5. 04, R. **04** 506: Die Bestellung eines gemeinsamen Vollstreckungsgerichts findet auch auf Antrag des Nachlaßverwalters statt, und der Antrag kann auch damit begründet werden, daß sich bei gemeinsamem Ausgebot ein höherer Erlös erwarten lasse.

3. Der Antrag des Gläubigers, gestützt auf vollstreckbaren Konkurstabellen-Auszug, wurde wegen nicht vorliegenden dinglichen Vollstreckungstitels für die Sicherungshypothek vom RG. zunächst zurückgewiesen, durch Beschl. 30. 3. 04 aber genehmigt, nachdem der Gläubiger notarielles, in die Grundstücke vollstreckbares Anerkenntnis des Konkursverwalters auf 717,50 M. Zinsrückstand bei-

gebracht hatte. Eine Mehrzahl von Bergwerken war hierbei Gegenstand der ZwV.; s. zu § 16 Ziff. 1.

4. **RG.** 14. 5. 04: Abgelehnt wurde die Bestellung eines gemeinschaftlichen Vollstreckungsgerichts in einem Falle, da für einen Teil der Grundstücke das Grundbuch noch nicht als angelegt erklärt war.

§ 5. ZBlFrG. 5 435 (KG.): Ist eine Handelsgesellschaft als Hypothekgläubigerin unter Hinweis auf ihre am Orte des Grundbuchamts bestehende Zweigniederlassung eingetragen, was zulässig ist, so empfiehlt es sich gleichwohl, für den Fall der ZwV. diese Zweigniederlassung noch besonders als Zustellungsbevollmächtigte dem Grundbuchamt anzuzeigen.

§ 9. 1. Zu Ziff. 2 bemerkt *Samter, Handb. 17: Wird die erforderte Glaubhaftmachung eines angemeldeten Rechtes innerhalb der zu setzenden Frist seitens des anmeldenden Beteiligten nicht vorgenommen, so verliert dieser erst mit fruchtlosem Ablauf der Frist die Berechtigung eines Beteiligten; die bis dahin von ihm vorgenommenen Rechtshandlungen bleiben rechtsgültig.

2. Über Zuziehung des Nachlaßverwalters s. zu § 24 Ziff. 2. Über Nichtersetzung der Anmeldung durch Feststellungsklage s. zu § 55 Ziff. 7. Dienstbarkeitsberechtigte s. zu § 9 EG. Ziff. 1.

§ 10. 1. *Kastner, ÖstAGZ. **04** 89, führt auch für deutsches Recht folgendes aus: Das sog. Befriedigungsrecht, kein eigentliches subjektives Recht, besteht aus 2 Bestandstücken: a) aus dem Anspruche des Gläubigers gegen den Staat auf gesetzmäßige Durchführung der Vollstreckung, b) aus dem Gewaltverhältnisse des vollstreckenden Staates an der Liegenschaft.

Zu a) Ähnlich wie das Klagrecht (vgl. Kohler, Ges. Beitr. z. ZPO. 36 und v. Bülow, BuschsZ. **31** 191) gibt auch der Vollstreckungsanspruch nur die Möglichkeit der Stellung des Vollstreckungsantrags mit der rechtlich begründeten Erwartung auf dessen staatliche Durchführung. Zu b) Das vollstreckungsrechtliche Gewaltverhältnis nimmt je nach seinem Gegenstande verschiedene Gestaltungen an, z. B. ist es bei der ZwV. ein anderes als bei der ZwVerw. Das sog. „Recht auf Befriedigung", wie es im Gesetze der Kürze wegen genannt wird, läßt sich daher nicht rein privatrechtlich konstruieren, vielmehr müssen auch bei vollstreckungsrechtlichen Einzeluntersuchungen immer die Ergebnisse öffentlich-rechtlicher, insbesondere staatsrechtlicher Forschung mitberücksichtigt werden.

2. Zu Ziff. 3. Gürich, PrVerwBl. **25** 791, bespricht im Hinblick auf Artt. 1—3 PrAGzZwG. und auf §§ 36—64 I. 8 ALR. die ZwV. von Grundstücken wegen öffentlicher Lasten, insbesondere die ZwV. „verfallener" Grundstücke im öffentlichen Interesse.

3 Zu Ziff. 3. **RG. 56** 396, JW. **04** 186/37: Die öffentlich-rechtliche dingliche Straßenbaulast aus dem PrG. v. 2. 7. 75 mit Ortsstatut kann auf dem Grundstücke ruhen bleiben — § 52 ZwG., Artt. 1 u. 2 PrAG. hierzu —, während der daraus angemeldete Barbetrag wegen unrichtiger Veranlagung mit Recht bestritten sein kann.

4. Zu Ziff. 3. Schmitt, BadRpr. **70** 265, rechnet Beiträge zur land- und forstwirtschaftlichen Unfallversicherung nicht hierher.

5. Zu Ziff. 3. Rütgers, PrVerwBl. **25** 604, begründet ausführlich seine Ansicht, daß der Gesetzgeber hier nicht die öffentlichrechtlichen Forderungen gemeint haben kann, die ihrer Entstehung nach, sondern diejenigen, welche ihrer Fälligkeit nach den letzten 2 Jahren angehören.

6. Zu Ziff. 4. a) Wenz, JustDienstRundsch. **3** 259, hält es für unbillig, daß ältere Amortisationsraten hinter Nachhypotheken zurücktreten müssen. Er hält aber solche Raten für wiederkehrende Leistungen auch im Sinne des § 20, gibt einige Verteilungsbeispiele für Amortisationshypotheken und bespricht endlich auch

den zeitlichen Ausschluß der Hypothektilgung bei manchen landschaftlichen und ritterschaftlichen Kreditanstalten in Preußen. S. auch zu §§ 12, 49 Ziff. 1 u. § 50 Ziff. 4.

b) Burth, WürttZ. **44** 293, schließt Prozeßkosten bei Betrieb der ZwV. auf Grund persönlichen Anspruchs von § 10 Ziff. 4 aus, spricht aber dem Versteigerungskommissär, wenn solche Kosten dennoch nach Ziff. 4 angemeldet werden, ein Widerspruchsrecht dagegen ab. Vgl. dagegen IDR. **2** § 114 Ziff. 8.

7. Zu Ziff. 5 u. 1. *Samter, Handbuch 27, 29: Die Reihenfolge der Nebenantragsteller mit ihren Ansprüchen richtet sich nach den früheren Zeitpunkten, in denen der Beitrittsbeschluß erlassen ist; dieser Zeitpunkt und nicht derjenige der Zustellung des Beitrittsbeschlusses an den Schuldner entscheidet; denn mit dem Erlasse des Beitrittsbeschlusses deckt und verlautbart diesen der bereits infolge der Einleitung des Verfahrens eingetragene ZwV.-Vermerk (§ 42).

8. Zu Abs. 2. Berg erklärt in Gruchots Beitr. **48** 774 abweichend von andern, sich stützend auf §§ 91, 788 ZPO., 1113, 1118, 1146, 1159 BGB., die Haftung des Eigentümers für die Kosten der Zwangsvollstreckung in das Grundstück für eine nicht bloß dingliche, sondern zugleich auch persönliche.

9. Über Kosten von Sicherungsmaßregeln s. zu § 25.

§ 11. OLG. Dresden, SächsA. **14** 508, R. **04** 576 Nr. 2487: Durch die Vorrangseinräumung mit dem Teilbetrag einer Hypothek wird ohne anderweitige besondere Abmachung bezüglich des Ranges des nicht zurücktretenden Teiles dieser Hypothek keine Unterrangordnung herbeigeführt, das Rangverhältnis ist vielmehr das der Gleichberechtigung zwischen diesem und dem Betrage, dem der Vorrang eingeräumt ist. S. auch zu § 44 Ziff. 4 und IDR. **2** Ziff. 5.

§ 12. *Wenz, JustDienstRundsch. **3** 259, führt aus: Amortisationsraten stellen zwar Teile des Hauptanspruchs dar, sind aber auch wiederkehrende Leistungen, die nach § 49 Abs. 2 in das geringste Gebot als durch Zahlung zu decken, aufzunehmen sind. Insoweit dies geschieht, darf die Hypothek nicht als bestehen bleibend berücksichtigt werden. Dies gilt auch von den für die Zeit vom Versteigerungstermine bis 2 Wochen danach (§ 47) berechneten Beträgen. Sie werden stets bis zu diesem Zeitpunkte gedeckt, auch wenn der Zuschlag früher erteilt ist; eine gleiche Behandlung wie die der Zinsen bestehen bleibender Hypotheken (§ 56) ist unmöglich, da die Hypothek nur nach Abzug jenes Betrags bestehen geblieben ist. — Meldet der Gläubiger nachträglich Rückstände an, die bei Feststellung des geringsten Gebots wegen Nichtanmeldung als gezahlt angesehen wurden, so muß die insoweit als Eigentümerhypothek behandelte und als bestehen bleibend berücksichtigte Hypothek bezüglich dieser Beträge nunmehr nach § 50 als nicht bestehend behandelt werden, die Hypothek ist insoweit zu löschen, der Ersteher muß den Betrag nachzahlen. Dieser ist aber nicht auf die verspätet angemeldeten Rückstände, sondern auf den ersten ausfallenden Anspruch zuzuteilen, da die Rückstände wegen verspäteter Anmeldung zurücktreten. S. auch zu § 10 Ziff. 6, § 49 Ziff. 1, § 50 Ziff. 4.

§ 14. 1. OLG. Dresden, ZBlFrG. **5** 217: Die Vormerkung des Anspruchs auf Erlangung des Eigentums begründet, nachdem sie durch den Zuschlag erloschen ist, noch ein bedingtes Recht auf den ZwV.-Erlös dergestalt, daß der Berechtigte, wenn der vorgemerkte Anspruch rechtskräftig fest- oder sonst liquid gestellt wird, den Erlös insoweit für sich beanspruchen darf, als er nicht zur Deckung von Rechten zu verwenden ist, die mit Wirksamkeit gegen ihn begründet sind.

2. Über bedingte Rechte s. auch zu § 50 Ziff. 1 u. 3, und über Vormerkungen vgl. IDR. **2** § 48.

Zweiter Titel. Zwangsversteigerung.

I. Anordnung der Zwangsversteigerung.

§ 15. 1. Nach Stölzel, BuschsZ. 32 79, ist zuständig das am Tage des Einganges des Antrags auf ZwV. oder ZwVerw. berechtigte Amtsgericht der belegenen Sache (auch des Schiffes).

2. Mit der Mehrheit nimmt nun auch das OLG. Marienwerder, PosMschr. **04** 97, R. **04** 453 Nr. 1906, an, daß gegen den Eröffnungsbeschluß zunächst Erinnerungen nach § 766 ZPO. erhoben werden müssen. S. auch JDR. **2** § 15 Ziff. 1 u. § 95 Ziff. 2 unten.

§ 16. 1. Jäger bekämpft im R. **04** 590 die Meinung, daß der absonderungsberechtigte Konkursgläubiger die Zwangsverwertung des belasteten Massegegenstandes während des Konkurses nur kraft eines für den dinglichen Anspruch erwirkten Titels betreiben kann. Er erachtet vielmehr den Eintrag in die Konkurstabelle als genügenden Titel zur Betreibung der unabhängig vom Konkursverfahren erfolgenden Absonderung. S. dagegen zu § 2 Ziff. 3 u. JDR. **2** Ziff. 10.

2. Über ZwV. während eines Zusammenlegungs- oder Auseinandersetzungs-Verfahrens s. zu § 23 Ziff. 2 u. zu § 90 Ziff. 2.

§ 17. Matthiesen erklärt in DJZ. **04** 161: die ZwV. in einen Grundstücksanteil, den der Schuldner an seinen Miteigentümer abgetreten hat, nach erfolgreicher Anfechtung dieser Abtretung für schwierig, unter Umständen für unmöglich, da die Klage gegen den Schuldner auf Mitwirkung bei Rückumschreibung des Anteils nur bei unerlaubter Handlung des Schuldners nach § 823 Abs. 2 BGB. mit § 288 RStG. oder nach § 826 BGB. § 864 Abs. 2 ZPO. denkbar sei.

S. dagegen das im JDR. **2** § 17 Ziff. 2 erwähnte RG.Urteil, das nun auch **RG.** Zivils. **56** 142 abgedruckt ist und PuceltsZ. **35** 24, wonach der Antrag der Anfechtungsklage nicht auf Rückauflassung, sondern nur auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu richten ist und es einer förmlichen Rückumschreibung überhaupt nicht bedarf. Vgl. auch zu § 19 Ziff. 1.

2. KG. ZBlFrG. **5** 69, RJA. **4** 114, KGJ. **27** A 101: Auch ein Gläubiger mit Vollstreckungstitel unter 300 M. oder mit bloßem Vollstreckungsbefehl kann zur Vorbereitung der ZwV. gemäß § 14 GBO. Eintragung seines Schuldners verlangen.

§ 18. Über Versteigerung mehrerer Bruchteile s. zu § 1 Ziff. 1, über Bestellung eines gemeinschaftlichen Vollstreckungsgerichts s. zu § 2.

§ 19. 1. Voß, Iherings J. **47** 250: Nach erfolgreicher Anfechtung einer Grundstücksveräußerung würde der ZwV.Vermerk dahin lauten müssen, daß nach erfolgter Rückgewähr in das Vermögen des Vorbesitzers die ZwV. eingeleitet ist. Aber eine buchmäßige Rückübertragung auf den Schuldner ist diese bloße Bezugnahme nicht. Vgl. zu § 17 Ziff. 1.

2. Über Zustellungsbevollmächtigten s. zu § 5.

§ 20. 1. **RG.** 24. 9. 04: Der Hypothekgläubiger hat als betreibender Gläubiger ein rechtliches Interesse daran, durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt zu sehen, ob die mit dem Grundstücke verbundenen Maschinen und Apparate, die der beklagte Käufer derselben versucht hatte, aus ihrer Verbindung zu lösen und von dem Grundstücke wegzubringen, seinem Hypothekenrecht unterworfen seien, so daß sie mit dem Grundstücke zusammen als Gegenstand der (bereits eingeleiteten) ZwV. zu gelten haben. Die gesetzlichen Voraussetzungen der Feststellungsklage liegen also vor. Vgl. aber zu § 55 Ziff. 7.

2. Kretschmar, ZBlFrG. 4 447 bespricht ausführlich den Umfang der Immobiliar-Zwangsvollstreckung im Hinblick auf §§ 865 ZPO., 1120—1130 BGB. Sie erstreckt sich, wie er ausführt, u. a. auch auf Grunddienstbarkeiten, dingliche Vorkaufsrechte und Reallasten, landesrechtliche Gewerbeberechtigungen, insbesondere Gasthofs- und Apothekerrechte, als Bestandteile des Grundstücks (449). Er erörtert weiter im einzelnen die von der Beschlagnahme betroffenen (ursprünglich beweglichen) Bestandteile und Zubehörstücke und die Wirkungen des in der Beschlagnahme enthaltenen Veräußerungsverbots auf sie, wobei er auf die weitergehende Wirkung der ZwVerw.Beschlagnahme hinweist (451). Eingehend behandelt er auch die Versicherungsbeträge und deren Eintritt an Stelle des von der Beschlagnahme betroffenen Gegenstandes (456 ff.), ebenso die Enteignungsforderungen unter Hinweis auf Artt. 52, 53 EGBGB. und die Landesgesetze (459). Endlich wird auch die ZwV. in grundstücksgleiche Rechte, wie Erbbau- und Bergbaurechte, sowie Schiffe, die ebenfalls Zubehör haben können, kurz besprochen. — Über Verfahren bei Enteignung s. zu § 28 Ziff. 1.

3. **RG.** JW. **04** 575/10 (s. auch zu § 148 Ziff. 1): Eine wegen Beschlagnahme unzulässige Fahrnis- (auch Mietzins-) Pfändung ist nach § 865 Abs. 2 ZPO. absolut nichtig und wirkungslos. Vgl. auch zu §§ 161 u. 21.

4. **RG.** R. **04** 110 Nr. 562: Unter Landgut versteht das BGB. im Gegensatze zu dem einzelnen landwirtschaftlichen Grundstücke die zum selbständigen landwirtschaftlichen Betrieb eingerichtete Grundstückseinheit oder Grundstücksmehrheit. Der Betrieb eines Nebengewerbes hindert die Landgut-Eigenschaft eines Grundstücks nicht. Das zum Landwirtschaftsbetriebe bestimmte Gerät, die zur Fortführung der Wirtschaft erforderlichen landwirtschaftlichen Erzeugnisse und der vorhandene auf dem Gute gewonnene Dünger werden, wenn sie nicht nur dem landwirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt sind, sondern auch zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnisse stehen, Zubehör des Landguts und demnach von dessen Beschlagnahme umfaßt. Die erfolgte Beschlagnahme erlischt nicht bereits mit der Erteilung des Zuschlags, sondern erst mit der vollständigen Beendigung des Verfahrens und der endgültigen Übergabe des Grundstücks an den Ersteigerer.

5. OLG. Karlsruhe, Puchelts Z. **35** 148: Ob Sachen Zubehör sind, ist Tatfrage. Die Einrichtung der Fremdenzimmer in Gasthäusern ist in der Regel Zubehör.

6. OLG. Colmar, ElsLothrZ. **29** 457: Vorräte, eine Spieluhr, ein Fahrrad können nicht als von der Beschlagnahme mitergriffenes Zubehör einer Gastwirtschaft erachtet werden. Daß der „Wirtschaftsfonds" mitversteigert wurde, ändert hieran nichts.

7. LG. Halle, NaumbAK. **04** 73: Zukünftige Bestandteile eines Neubaues (Türen, Fenster 2c.) sind, bevor sie angebracht sind, weder als Bestandteile, noch als Zubehör anzusehen, auch wenn sie schon beim Neubau lagern. (Vgl. JDR. 3 Ziff. II, 1 c zu § 97.)

8. OLG. Dresden, OLG. **9** 139, R. **04** 533 Nr. 2335: Die für das Anbauen an die Brandgiebelmauer vom Nachbar zu leistende einmalige Entschädigung ist keine „Nutzung" des Grundstücks und wird daher bei Anordnung der ZwVerw. von der Beschlagnahme nicht mit ergriffen.

9. Über den Umfang der Beschlagnahme und das Verfahren hiergegen s. auch zu §§ 21, 37, 55, 59 Ziff. 3, 152 Ziff. 2, und über Wirkung der Beschlagnahme zu § 181 Ziff. 2.

§ 21. 1. *Mettier, Pfandhaft der Früchte (Näheres s. JDR. **3** zu § 99 BGB.), führt aus: Die Beschlagnahme erstreckt sich nur auf fructus pendentes und Früchte mit Zubehöreigenschaft nach § 98 BGB. Alle andern Früchte, insbesondere die nicht zur Fortführung der Wirtschaft notwendigen sowie Miet- und

Pachtzinse bleiben zur Verfügung des Schuldners und der Mobiliarvollstreckung unterworfen. Aber auch die von der Beschlagnahme ergriffenen Früchte sind gemäß § 24 dem Schuldner innerhalb ordnungsmäßiger Wirtschaft nicht unbedingt entzogen. So kann er reife Früchte, sofern sie nicht einem Dritten zuwachsen, für sich ernten, zu seinem Unterhalte verbrauchen oder zur Bezahlung von Abgaben, Hypothekzinsen usw. verwenden. Innerhalb der Frist des § 810 ZPO. können sie vielleicht auch von Drittgläubigern gepfändet werden (contra s. zu § 20 Ziff. 3).

Kommt es zur Versteigerung, so erstreckt sich diese nach § 55 auf alle noch wirksam mitbeschlagnahmten Früchte. — Gegen unzulässige Abtretung der Früchte vor ihrer Reife mag sich der betr. Gläubiger mit jenen Hilfsmitteln schützen, die die Gesetzgebung für den Fall einer Verschlechterung des Grundpfandes an die Hand gibt. — Vgl. JDR. **2** § 21 Ziff. 1 u. oben zu § 20 Ziff. 3 u. 4, unten zu § 148.

2. Über Verfügungen des Konkursverwalters s. zu § 23 Ziff. 3.

§ 22. Über Beginn der Beschlagnahmewirkung vgl. zu § 148 Ziff. 1 u. zu § 161 Ziff. 1.

§ 23. 1. BayOLGZ. **4** 817: Der bayerische oberste Gerichtshof nimmt nach bayerischer SubhO., aber auch unter Hinweis auf § 23 ZVG. an, daß der Schuldner mit Zustimmung des Beschlagnahmegläubigers eine der Beschlagnahme vorgehende Hypothek eintragen lassen könne.

2. Nach *Spieß, ZBlFrG. **4** 661, tritt beim preuß. Grundstückszusammenlegungsverfahren das Abfindungsgrundstück kraft Gesetzes an Stelle des Beschlagnahmten. Vgl. JDR. **2** § 16 Ziff. 8.

Über Auseinandersetzungsverfahren s. zu § 90 Ziff. 2.

3. OLG. Posen, OLG. **9** 383, R. **04** 607 Nr. 2661, PosMschr. **04** 133: Der Konkursverwalter, der selbst die ZwV. betreibt, bleibt zur Veräußerung der mit dem Grundstücke mithaftenden Zubehörstücke, ohne an die Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft gebunden zu sein, auch nach der Zustellung des Einleitungsbeschlusses an ihn befugt. Der Ersteher hat kein Recht auf die so vom Konkursverwalter veräußerten Sachen.

Ähnlich Burth, WürttZ. **45** 34, der aber dann die Konkursmasse unter Umständen haftbar machen will, namentlich wegen Früchteziehung. Vgl. für früheres PrR. RG. **42** 85.

4. Über Wirkung der Beschlagnahme vgl. auch zu § 21, 148 Ziff. 1, 181 Ziff. 2.

§ 24. RG. **56** 396: Der Gemeinschuldner, dessen Grundstück vom Konkursverwalter freigegeben wurde, ist trotz der Beschlagnahme noch befähigt, die Zustellung des Veranschlagungsbeschlusses für preuß. Straßenbaulasten mit Rechtswirksamkeit gegen das Grundstück entgegenzunehmen.

2. Im Falle eingeleiteter Nachlaßverwaltung haben die Erben nach BGB. §§ 1984 Abs. 1 u. 1985 Abs. 1 die Verwaltung des Grundstücks verloren und ist diese auf den Nachlaßverwalter übergegangen. Nur er kann bei gegebenem Rechtsgrunde die Rückgabe des bisher der antichretischen Pfandnutzung des betreibenden Hypothekgläubigers unterworfenen Grundstücks verlangen und gegen Einleitung und Fortsetzung der ZwV. Widerspruch erheben. War er mit dieser einverstanden, so kommt es darauf, daß er nicht gehörig zum ZwV.Verfahren zugezogen war, nicht an und können die Erben später nicht gegen den Gläubiger-Ersteher auf Rückverschaffung des Grundstücks oder auf Schadensersatz klagen. RG. V 547/03 v. 4. 6. 04.

3. Verfügung des Schuldners über Früchte s. zu § 21 Ziff. 1. Hypothekbestellung s. zu § 23 Ziff. 1 und zu § 91 Ziff. 1. Vermietung s. zu § 57 Ziff. 7.

§ 25. 1. OLG. Königsberg, SeuffA. **59** Nr. 171: Der Antrag der Landschaftsdirektion, nach § 25 sie zur Vorschußerlage zwecks Fortführung der Wirtschaft ohne förmliche ZwVerw. und zur Anmeldung der Kosten als Verfahrenskosten zu ermächtigen, war vom AG. zurückgewiesen worden. Die Beschwerde gegen diesen Beschluß wurde gemäß § 95 als unzulässig verworfen. Über Bestellung der Grundstücke s. auch Burth, WürttZ. **45** 33.

2. Lewek, PosMschr. **04** 60, führt aus: Dem betreibenden Hypothekgläubiger steht der Antrag aus § 25 neben dem Schutze des § 1134 f. BGB. zu (a. M. Wolff). Die Auswahl der erforderlichen Maßregeln ist Sache des Gerichts, doch empfiehlt es sich, den Landschaften auf ihren Antrag die Art der Ausführung und die Auswahl der Mittelspersonen zu überlassen, zumal sie dann für die von ihnen vorzuschießenden Kosten die volle Verantwortung den nachstehenden Gläubigern gegenüber tragen. — Die Kosten werden als Kosten der Rechtsverfolgung an der Stelle des Hauptanspruchs angemeldet (Abs. 2 des § 10). Eine Beschwerde gegen die gerichtlichen Verfügungen aus § 25 ist nach § 95 nicht gegeben.

§ 27. 1. OLG. Colmar, OLG. **9** 139, R. **04** 226 Nr. 1096, 1097: Die Wirksamkeit der Beschlagnahme zugunsten eines Beitretenden tritt nicht schon mit dem Zulassungsbeschlusse, sondern erst mit dessen Zustellung ein, so daß also das Verfahren sich erledigt, wenn zwischen Erlaß und Zustellung jenes Beschlusses der betreibende Gläubiger seinen Versteigerungsantrag zurücknimmt.

2. **RG.** V 168/04 v. 2. 11. 04: Der Beitretende wird im Falle des § 1166 BGB., das ist hinsichtlich der Pflicht, dem persönlichen Schuldner von der ZwV. Nachricht zu geben, dem betreibenden Gläubiger gleich geachtet.

3. Gerichtsbestellung bei Beitritt s. zu § 2 Ziff. 1. Rangordnung s. zu § 10 Ziff. 8.

II. Aufhebung und einstweilige Einstellung des Verfahrens.

§ 28. 1. OLG. Dresden, ZBlFrG. **5** 325: Das Verfahren ist ganz aufzuheben, wenn Enteignung des ganzen Grundstücks mitgeteilt wird. Bei Teilenteignung erfolgt nur Ausschluß des enteigneten Stückes von der Versteigerung. Ist dieser Teilausschluß in den Versteigerungsbedingungen und im Zuschlagsbeschlusse festgesetzt, so ist die Beschwerde des Erstehers gegen den Zuschlagsbeschluß unzulässig. Über Enteignungsforderungen s. zu § 20 Ziff. 2.

2. BadRpr. **04** 188: Das AG. Offenburg hielt die Klage gegen den betreibenden Gläubiger auf Unzulässigkeit der ZwV. auch noch nach rechtskräftigem Zuschlage bis zur gänzlichen Erledigung nach § 130 für möglich. S. aber § 33, auch zu § 37 Ziff. 2.

3. OLG. Stuttgart, WürttJ. **16** 45: Die ZwV. von Grundstücken ist zulässig, an denen dem Vater des Eigentümers das lebenslängliche statutarische (auf Elternerbfolge beruhende) Nutznießungsrecht zusteht. Keine Klage hingegen nach § 771 ZPO.

4. Erinnerungen gegen den Aufhebungsbeschluß s. zu § 95 Ziff. 2.

§ 29. Aufhebung trotz (verspäteten) Beitritts s. zu § 27 Ziff. 1.

§ 33. LG. Breslau, BreslAK. **04** 57: Die nach Zuschlag von fideikommissarischen Substituten eingelegte Beschwerde gegen Einleitung der TeilungsZwV. wurde als unzulässig verworfen. S. auch zu § 97 Ziff. 2.

III. Bestimmung des Versteigerungstermins.

§ 36. Autenrieth bespricht in ElsLothrNotZ. **24** 260 ausführlich und unter Hinblick auf die ElsLothr. Landesgesetze die Bestimmung des Versteigerungstermins, die Fristgrenze von 6 Wochen bis 6 Monaten, die Frage, welchen Be-

teiligten die Terminsfestsetzung zuzustellen ist, und die Art der Zustellung. S. auch zu § 43.

§ 37. 1. Zu Ziff. 4: Über nicht eingetragene Grunddienstbarkeiten s. zu § 9 EGZVG. Ziff. 1.

2. Zu Ziff. 5. **RG. 57** 200, JW. **04** 243/26: Wegen der Wichtigkeit des Ausschreibens und der unter Umständen schweren Folgen der Mitversteigerung einer fremden Grundfläche müssen die Formvorschriften für das Versteigerungsausschreiben streng eingehalten, z. B. die Grundstücke genau bezeichnet werden, in Preußen gemäß der AVf. v. 7. 12. 99, JMBl. **99** 790 nach ihrer Bezeichnung in den Grund- und Steuerbüchern. Bei Nichteinhaltung dieser Vorschriften kann dem Zuschlag die Wirkung der Mitübertragung fremden Grundeigentums im Prozeßweg abgestritten werden. Vgl. zu § 90 Ziff. 1.

3. Zu Ziff. 5: Über gesetzlichen Umfang der Beschlagnahme s. auch zu §§ 20, 21, 55, 59, 90, 152 Ziff. 2 u. 4, § 9 EGZVG., und über Versäumung der Anmeldung zu § 97 Ziff. 3 u. zu § 110 Ziff. 1.

4. Bloße Freigabe von beweglichem Zubehör durch den betreibenden Gläubiger nützt nichts. S. JDR. **2** Ziff. 6 u. SächsOLG. **25** 270.

5. Der ZwVerwalter hat keine Verpflichtung, statt eines anderen Antrag nach § 37 Ziff. 5 zu stellen. S. zu § 152 Ziff. 4.

§ 41. Burth, WürttZ. **44** 291 verlangt Zustellung der Terminsfestsetzung an den Prozeßbevollmächtigten und an den Hypothekengläubiger, wenn der Prozeßbevollmächtigte nur für Hypothekzinsen die ZwV. betreibt.

§ 43. Autenrieth, ElsLothNotZ. **24** 260 will unter Umständen die an sich nach § 84 Abs. 2, öffentliche Urkunde erfordernde Heilung eines Verstoßes gegen § 43 Abs. 2 also ungenügender Zustellungen, auch durch stillschweigende Genehmigung, z. B. durch Einverständnis mit dem Zuschlage (§ 74) geschehen lassen.

IV. Geringstes Gebot. Versteigerungsbedingungen.

§ 44. 1. In **RG. 57** 209 heißt es: Zuzugeben ist, daß die durch die Vorarbeiten zum Gesetze (Mot. 116, D. 75) hervorgerufene, von den Kommentatoren gebilligte und auch vom Vollstreckungsrichter befolgte Praxis, wonach die bestehenbleibenden Rechte weder in das geringste Gebot, noch in das Meistgebot ziffernmäßig eingesetzt werden, zu Irrtum zu verleiten geeignet ist. Dies kann vielleicht zur Anfechtung des Zuschlagsbeschlusses verwertet werden, niemals aber dazu führen, daß die übrigen an der ZwV. beteiligten Personen zugunsten des Irrenden Schaden leiden. Vgl. JDR. **2** Ziff. 4.

2. LG. Offenburg, BadNotZtg. **04** 124, hält die Hypothek des betreibenden Gläubigers für das geringste Gebot dann für maßgebend, wenn deren Identität mit der persönlichen Forderung, wofür die ZwV. beantragt wurde, nachgewiesen ist. Vgl. dagegen JDR. **2** Ziff. 10.

3. Nach Meyer, SeuffBl. **69** 230 vereinigt der nach § 126 KO. die ZwV. betreibende Konkursverwalter in sich die Doppelstellung des Schuldners und des betreibenden Gläubigers, weshalb ihm alle am Grundstücke bestehenden Rechte unbeschadet des § 15 KO. vorgehen. Diese Rechte seien vorbehaltlich des § 174 ins geringste Gebot aufzunehmen.

4. Ausführungen und Zahlenbeispiele für den Fall, daß mehrere Hypotheken hinter eine andere zurückgetreten sind, gibt Kretzschmar, R. **04** 516. Teilweise abweichend v. Henle daselbst 597 und Willisch daselbst 625. Vgl. auch zu § 11.

5. **RG. 59** 266: Ist irrtümlich eine Hypothek statt einer den Vorrang vor ihr habenden Hypothek in das geringste Gebot aufgenommen und Be-

schwerde gegen den Zuschlagsbeschluß nicht erhoben worden, so verliert dadurch die übergangene Hypothek zwar an sich nicht ihren Rang, kann auch die auf diesen Rang etwa treffende Deckung aus dem Bargebot beanspruchen, ihr Gläubiger kann aber nicht verlangen, daß ihm die irrtümlich in das geringste Gebot aufgenommene Hypothek etwa auf Grund rechtloser Bereicherung ihres Inhabers zugewiesen werde. S. auch zu § 96 Ziff. 1.

6. Burth, WürttZ. **45** 37 bekämpft Jaeckels Ansicht, daß zum Verzicht auf Berücksichtigung einer Hypothek im geringsten Gebote Zustimmung der übrigen Beteiligten nötig sei. Seite 102 daselbst bespricht er die Behandlung des Leibgedings bei Feststellung des geringsten Gebots und eventuell bei der Verteilung.

7. HansGerZ. **04** Beibl. 149: Ein Grundstück war zum I. Rang mit einer Rentenschuld für A, zum II. mit einer Hypothek des B belastet. B erwirkte Beschlagnahme, A trat für eine Rentenrate bei, wurde aber von C, der nachher das Grundstück erstand, abgefunden. Die Rentenschuld war nicht in das geringste Gebot aufgenommen. C klagte gleichwohl gegen A auf deren ihm vorteilhafteres Stehenbleiben, um den entsprechenden Teil des Versteigerungserlöses bar zurückbehalten zu können. Das OLG. Hamburg wies aber die Klage ab, weil C das ihm an sich gegebene beneficium cedendarum actionum gemäß § 268 Abs. 3 BGB. nicht zum Nachteil des A, d. i. nicht zur Zurücknahme von dessen ZwV.Antrag und damit zur Hinaufsetzung des geringsten Gebots benutzen durfte.

8. Über abweichende ZwV.sBedingungen s. auch zu § 59 Ziff. 1.

9. **RG. 57** 209: Die Sicherungshypothek ist trotz einer gegen ihre Ausfüllung eingetragenen Vormerkung in das geringste Gebot voll einzustellen, sofern sie nicht erwiesenermaßen löschungsreif ist. Die bloße Erklärung des Gläubigers, daß die Hypothek nicht ganz ausgefüllt sei, genügt wegen der in Frage kommenden Eigentümerhypothek nicht. Abweichend der vorläufige Beschluß des OLG. Dresden, ZBlFrG. **5** 185.

10. Über unverzinsliche Hypotheken s. zu § 111 Ziff. 2. Unzulässigkeit der Beschwerde s. zu § 95 Ziff. 1.

§ 45. 1. Burth, WürttZ. **45** 193, 195 erörtert die Behandlung von Kostenkautionen und Eigentümerhypotheken inner- und außerhalb des geringsten Gebots.

2. Zwingende Vorschrift des § 45 s. zu § 59 Ziff. 2.

§ 46. Über Leibgeding s. zu § 44 Ziff. 6 und zu § 9 EGZVG. Ziff. 2.

§ 47. Amortisationszuschläge s. zu § 10 Ziff. 6, § 12, § 49 Ziff. 1 und § 50 Ziff. 4.

§ 49. 1. *Hirsch führt in Gruchots Beitr. **48** 767 folgendes aus: Die in Gestalt von Zuschlägen zu den Zinsen zum Zwecke allmählicher Tilgung des Kapitals zu entrichtenden Beträge von Hypotheken, die als Teil des geringsten Gebots bestehen bleiben, sind — ebenso wie die Zinsen — vom Ersteher im Verteilungstermine bar zu berichtigen und bleiben nicht — wie das Kapital — als Teil des geringsten Gebots bestehen. Der Umstand, daß die Zugehörigkeit der Amortisationsquoten zu den „Ansprüchen auf wiederkehrende Leistungen" im § 10 Ziff. 4 des Gesetzes ausgesprochen ist, nicht dagegen im § 12 Ziff. 2, auf den § 49 Bezug nimmt, steht dem nicht entgegen. Die im § 10 Ziff. 4 erfolgte Gleichstellung von Zinsen und Amortisationsquoten soll sich auf das ganze Gesetz beziehen und ist nur an einer wenig glücklichen Stelle des Gesetzes ausgedrückt; s. auch zu § 10 Ziff. 6, zu § 12 und § 50 Ziff. 4 (zum Teil abweichend).

2. Über Ausbieten bloß zum Bargebot s. zu § 44 Ziff. 1.

§ 50. 1. Der vom RG. vertretenen, JDR. **2** Ziff. 2, 4 dargelegten Meinung, daß Sicherungs- und Höchstbetragshypotheken als an sich unbedingte

und bestimmte Rechte bei Festsetzung des geringsten Gebots zu behandeln sind, schließen sich im allgemeinen an *Samter, Handbuch 12 und OLG. Dresden, ZBlFrG. 4 627, 5 373. Dieses Gericht behält an letztbezeichneter Stelle etwaige Bereicherungsansprüche der Nachhypothekare aus besonderen Gründen vor, Samter und Kretzschmar — dieser ZBlFrG. 4 627 — erklären aber wenigstens den Anspruch aus der Höchstbetragshypothek des § 1190 für bedingt und ebenso OLG. Mannheim, das in BadNotZ. 03 172, ZBlFrG. 4 649 Feststellung der Höhe einer Arrest-Höchstbetragshypothek durch Einigung der Beteiligten oder rechtskräftiges Urteil fordert. Meyer, BayNotZ. 04 73 bespricht Höchsthypotheken und Zuzahlungspflicht und die bisherige Literatur darüber; s. auch Ziff. 4 und zu § 59 Ziff. 1 und über Grundschulden abweichend zu § 114 Ziff. 3.

2. RG. 57 209: Der Ersteher als solcher hat vom Wegfall einer in das geringste Gebot aufgenommenen Hypothek (oder eines Teiles einer solchen) keinen Vorteil, selbst dann nicht, wenn zugunsten seiner Nachhypothek Vormerkung auf Löschung des nicht ausgefüllten Teiles jener ihm vorgehenden Hypothek eingetragen und auf diese Vormerkung im Versteigerungstermin — ohne Änderung der gesetzlichen Versteigerungsbedingungen — hingewiesen worden war. Vielmehr kommt in solchem Falle der wegfallende Betrag den nachfolgenden Gläubigern ihrem Range gemäß zugute. (Vgl. auch zu §§ 59 Ziff. 2, 109 Ziff. 1, 125.)

3. Herold untersucht in ZBlFrG. 4 695 die beiden Unterarten der Eigentümerhypothek (eigentliche Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld) und das Wesen der Sicherungshypotheken und stellt 702 folgende Sätze auf: a) §§ 14, 119 ZVG. finden auf die Sicherungshypothek Anwendung, wenn dies auch bei deren festen Abgrenzung nach außen für die anderen an der ZwV. Beteiligten ohne Wirkung bleibt. b) Die §§ 50, 125 ZVG. können auf Sicherungshypotheken (bei denen die Eigentümergrundschuld stets dem Besteller verbleibt) keine Anwendung finden.

4. Radloff, MecklZ. 22 291 erörtert ausführlich die verschiedene rechtliche Natur des sinkenden Fonds bei dem Großh. Mecklenb. Domanialkapitalfonds einerseits und zu dem ritterschaftlichen Kreditverein andererseits, bespricht dabei 377 die Fragen über Eigentümer- und Amortisationshypothek in der Subhastation überhaupt, macht den Anspruch des Subhastaten auf Auskehrung des Amortisationsfonds von den Satzungen der betreffenden Kreditanstalten abhängig und erklärt die Amortisationsbeiträge für keine Nebenleistungen und die Entstehung einer Eigentümergrundschuld dafür an sich nicht für ausgeschlossen. Vgl. auch zu §§ 10, 12, 19 Ziff. 1.

Über die nicht unbestrittenen Fragen nach dem Wesen des Amortisationsfonds preußischer Landschaften und nach den auf ihn anspruchsberechtigten Personen, besonders bei der Kur- und Neumärkischen ritterschaftlichen Darlehnskasse s. Ruben, DJZ. 04 597 und Heuer daselbst 988.

5. Burth, WürttZ. 45 133 hält die Hypothek für bewegliches Sondergut der Frau nach württemb. Errungenschaftsgemeinschaft für einen — durch wirkliches Einbringen — aufschiebend bedingten Anspruch, auf den § 50 nicht Anwendung finde. Derselbe über unverzinsliche Kindergelder s. zu § 111 Ziff. 2.

§ 51. 1. OLG. 9 196 (KG.): Auch ein im geringsten Gebot enthaltener Erbpachtkanon ist in seinem Werte zu bestimmen. Ist dies nicht geschehen, so muß dennoch sein Kapitalwert im Kosten- und Stempelinteresse berücksichtigt werden.

2. Über Anmeldung zur Erlösverteilung s. zu § 114 Ziff. 1.

§ 52. 1. RG. 59 266: Eine „Übernahme" von Hypotheken kennt das Gesetz nicht mehr, doch kann der Gebrauch dieses Ausdrucks in den Bedingungen

an Stelle des richtigen Ausdrucks, daß die Hypotheken bestehen bleiben, unschädlich sein. S. auch zu § 44 Ziff. 5 und zu § 59 Ziff. 2.

2. Straßenbaulast s. zu § 10 Ziff. 3.

§ 53. 1. Meyer, SeuffBl. **69** 217 legt den § 53 eingehend aus; er ist abweichend von anderen (219) der Meinung, daß die Nachricht von der Schuldübernahme des Erstehers gemäß § 416 Abs. 2 BGB. nach Erteilung des Zuschlags, aber schon vor dessen Eintragung im Grundbuch erfolgen kann. Bei Stehenbleiben einer Hypothek nach den Versteigerungsbedingungen (§ 59 Abs. 3) nimmt er im Zweifel auch Übernahme der persönlichen Schuld durch den Ersteher und Genehmigung des Gläubigers hierzu, also Wegfall der Formalien des § 416 Abs. 2 BGB. an. Weiter führt er aus: Wenn der Gläubiger die Genehmigung zur Übernahme der persönlichen Schuld durch den Ersteher verweigert und der Ersteher die Schuld an den Gläubiger zahlt, so erwirbt der Ersteher nur die Eigentümergrundschuld, nicht, wie Jaeckel und Reinhard meinen, nach § 1143 auch die persönliche Forderung (220). Wenn der Schuldner nach Abs. 2 die durch Grund- oder Rentenschuld gedeckte persönliche Schuld nicht anmeldet, sie aber bezahlt, hat er gemäß § 813 BGB. den Bereicherungsanspruch gegen den Ersteher (223).

2. Burth, WürttZ. **45** 198 bespricht die Schuldübernahme des Erstehers und ist der Meinung, daß sie am besten gleich durch Vertrag des Hypothekgläubigers mit dem Ersteher geschehe, wozu aber unter Umständen die Genehmigung des Bürgen und des Eigentümers mitverpfändeter Grundstücke nötig sei.

§ 54. In einer Vollstreckungsbeschwerdesache billigte am 27. Juni 1904 das RG. die Ansicht eines OLG., daß eine gekündigte und vollstreckbare Hypothek, wenn im Versteigerungsprotokoll darauf hingewiesen worden war, daß die ZwV. früher für sie selbst betrieben, dann aber eingestellt worden sei, unter Umständen gegen den Ersteher als gekündigt gelten könne, auch wenn sie nicht ordnungsmäßig als gekündigt angemeldet wurde.

§ 55. 1. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 1024, JW. **04** 423/44, ebenso zu § 20 Ziff. 2 und zu § 59 Ziff. 4: Mitversteigerte Forderungen auf Versicherungsgelder erwirbt der Ersteher. Realgläubiger haben keinen Anspruch darauf. Vgl. auch Reinbeck, Haftung der Versicherungsforderung für Hypotheken und Grundschulden. München 1905.

Auch die Versicherungssumme für verbranntes Zubehör geht, wenn nicht ausdrücklich ausgenommen, auf den Ersteher mit über. **RG.** V. 22. 6. 04.

2. *Samter, Handbuch 46: Als sogenannte tatsächliche Zubehörstücke werden die beweglichen Sachen nicht vom Ersteher mit erworben, deren vorübergehende Benutzung äußerlich offensichtlich gemacht ist. Vgl. JDR. **2** § 55 Ziff. 1.

3. **RG.** R. **04** 506 Nr. 2174, ZBlFrG. **5** 139: Auf die Kenntnis oder Unkenntnis des Erstehers vom Eigentume des Dritten an dem zugeschlagenen Zubehöre kommt es nicht an. Ebenso JDR. **2** § 55 Ziff. 2.

4. LG. Dessau, NaumbAK. **04** 3: Eine vom späteren Gemeinschuldner zwar verkaufte, aber noch nicht vom Grundstück entfernte und für die Ziegelei benutzte Feldbahn wird durch die Beschlagnahme dennoch mitbetroffen, wenn der Konkursverwalter die Zw.V. nach § 173 betreibt. Der Einstellungsbeschluß gemäß § 37 Ziff. 5 hat nur zur Folge, daß nachträgliche Versteigerung (§ 65) stattfindet. Der Käufer kann aber nicht gegen den Konkursverwalter auf Herausgabe der Feldbahn klagen.

5. **RG.** V. 576/03 v. 14. 5. 04: Nachdem die Zw.V. hinsichtlich des Grundstücks durchgeführt und hinsichtlich des Inventars durch den rechtskräftig gewordenen Beschluß des Vollstreckungsgerichts endgültig aufgehoben worden ist, muß die Beklagte, die mit ihrer Hypothek in der Zw.V. ausgefallen und deren

Hypothek infolgedessen im Grundbuche gelöscht worden ist, für berechtigt erachtet werden, sich wegen ihrer Ausfallsforderung an das Inventar zu halten. Dieses ist von ihrer Hypothek mitergriffen worden und ist ihr auch jetzt noch dinglich verhaftet. Im gleichen Sinne hat sich der erkennende Senat in einem Falle, der ähnlich lag, bereits geäußert (**RG. 55** 415), und er muß hieran festhalten. Dafür auch Jaeckel, dagegen Eccius s. u. zu § 65.

S. weiter über den Umfang der Beschlagnahme zu §§ 20, 21, 37, 59, Ziff. 3, 90, 152 Ziff. 2 u. 4.

6. *Mangler, SächsA. **14** 145 stellt folgende Sätze auf: Der § 37 Ziff. 5 und der Abs. 2 des § 55 enthalten genügende Vorschriften über den Weg, auf dem der Reklamant Zubehörstücke retten kann, nicht. Jener schreibt nur Antrag auf vorläufige Einstellung des Verfahrens hinsichtlich der betreffenden Gegenstände als notwendige Voraussetzung weiterer Schritte vor und gibt dem Reklamanten die Stellung eines Beteiligten im Sinne des § 9 Ziff. 2, aber die weiteren Maßregeln sind ihm überlassen. Ein bloßes Freigeben der beanspruchten Sache durch den betreibenden Gläubiger, der nicht der allein Berechtigte ist, auch ein daraufhin etwa das Verfahren in die freiverlangte Sache aufhebender Beschluß des Vollstreckungsrichters nützen ihm nichts. Gegen einen solchen könnten andere Beteiligte (Hypothekare) im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag, dessen Aufhebung und nochmalige Versteigerung der Sache mit dem bis dahin weggelassenen Zubehör erwirken. Daher muß der Reklamant dem Vollstreckungsgerichte die Anerkennung seiner Rechte durch alle interessierte Beteiligten (Schuldner, Hypothekarier) nachweisen. In einfachen Sachen wird das Gericht diesen Nachweis häufig sofort in der Verhandlung mit den Beteiligten feststellen können. Bei Vorhandensein zahlreicher, zum Teil nicht beiziehbarer Beteiligter muß der Reklamant selbst den Nachweis, eventuell Urteil gemäß § 771 ZPO. oder — vorläufig oder endgültig die Zw.V. in die bestrittene Sache einstellenden — Beschluß des Prozeßgerichts beschaffen, worauf das Vollstreckungsgericht — je nach jener Entscheidung — die Zw.V. in die Sache einstellt oder aufhebt. Ist keine Zeit mehr zur Beibringung prozeßgerichtlicher Entscheidung, so ist das Vollstreckungsgericht, was selbst im Versteigerungstermine noch geschehen kann, um einstweilige Anordnung nach § 769 Abs. 2 ZPO. anzugehen. Eine solche bietet unter Umständen eine gewisse Vereinfachung, da sich meist übersehen läßt, welche Beteiligte auf jeden Fall zum Zug kommen oder leer ausgehen werden und da diese entweder die Sache von selbst freigeben werden oder doch nicht zu fürchten sind. Siehe auch Ziff. 7 und zu § 66 Ziff. 1.

7. **RG.** JW. **04** 413/27: Mit einer Klage auf Feststellung, daß die Beklagten Hypothekgläubiger nicht das Recht auf Befriedigung aus einem scheinbaren Zubehörstücke hätten, würde weder die erstrebte Ausschließung dieser Sache von der Zw.V. noch sonst ein rechtlich irgend erhebliches Ergebnis erreicht werden. Eine solche Klage ist daher in der Regel unzulässig. Nur gegen den oder die betreibenden Gläubiger kann nach §§ 55 Abs. 2, 37 Ziff. 5 Aufhebung oder einstweilige Einstellung des ZwV.Verfahrens herbeigeführt werden. Ist solche nicht erfolgt, so muß die Sache mitversteigert werden. Ohne solche brauchen die Hypothekgläubiger auch keine die Sache von der Versteigerung ausnehmende besondere Bedingung nach § 9 Ziff. 2, § 59 Abs. 1 zu bewilligen, die sie durch Entziehung des Rechtes auf Doppel-Versteigerung nach § 59 Abs. 2 oder sonstwie schädigen könnte. S. dagegen § 20 Ziff. 1.

§ 56. 1. *Samter, Handb. 47: Teilweise Zerstörung des Grundstücks vor dem Zuschlage macht diesen nichtig, die abweichende Ansicht, die den Ersteher zu verhältnismäßiger Minderung des Steigerungserlöses für berechtigt erachtet, ist mit der konstitutiven Urteilsnatur des Zuschlagsbeschlusses unvereinbar.

2. Über Verteilung der Amortisationsraten s. zu § 12.

Über Mietzinspfändungen s. zu § 57 Ziff. 6.

§ 57. 1. OLG. Stuttgart, WürttJ. **16** 152, R. **04** 528 Nr. 2224: Die Bestimmungen der §§ 571, 580 BGB., 57 ZVG. finden keine Anwendung, wenn bei einem Mietvertrage von verschiedenen getrennten Räumlichkeiten (Wirtschaft im Erdgeschosse, Wohnung im zweiten Stocke) dem Mieter nur ein Teil (z. B. die Wohnung) überlassen war und dieser gegenüber dem nicht überlassenen Teile von untergeordneter Bedeutung für den Mieter ist.

2. HansGerZ. Beibl. **04** 1 (OLG. Hamburg): Wird das Zubehör (Gasthausinventar) nicht mit dem Grundstücke versteigert, sondern anderweit veräußert, so ist der Ersteher des Grundstücks, wenn er auch nachträglich Eigentümer des Zubehörs wird, an den Vertrag, den der Subhastat mit seinem Mieter über etwaigen Kauf des Inventars geschlossen hat, ohne besondere Abmachungen nicht gebunden.

3. KG., DJZ. **04** 605: Das dem Ersteher gegebene Kündigungsrecht entschuldigt nicht den Vermieter, der es durch Nichtzahlung der Hypothekzinsen zur Zwangsvollstreckung und damit zur Möglichkeit der Ausübung jenes Kündigungsrechts kommen läßt, dadurch aber vertragsmäßige Rechte seines Mieters auf längeren Mietbesitz vereitelt. Im § 355 I. 21 ALR. war dies sogar ausdrücklich ausgesprochen, nach §§ 276, 325 BGB. versteht es sich von selbst.

4. Die auch in Gruchots Beitr. **48** 256 erörterte Streitfrage über die nach § 57 bei der ZwV. entsprechend anzuwendende Vorschrift im § 573 Satz 1 BGB. wird vom RG. — **RG.** Zivils. **58** 181 — dahin entschieden, daß sich diese Vorschrift nicht bloß auf rechtsgeschäftliche Verfügungen über den Mietzins, sondern auch auf die im Wege der Zwangsvollstreckung, durch Pfändung und Überweisung von Mietzinsen getroffenen bezieht. Ebenso **RG.** Zivils. **59** 177. (Näheres JDR. **3** Ziff. I zu § 573 BGB.)

Abweichend hat auch noch LG. Nordhausen erkannt. NaumbAK. **04** 51.

5. OLG. Braunschweig, R. **04** 579 Nr. 2549: Wenn ein verpachtetes Grundstück, dessen Zubehör der Verpächter laut Pachtvertrags dem Pächter zum Eigentum überlassen hat mit der Verpflichtung, es nach der Beendigung des Pachtverhältnisses gegen Zahlung des Schätzungswerts zurückzugeben, mit dem Zubehör zur ZwV. kommt, so erleidet die gesetzliche Versteigerungsbedingung, wonach der Ersteher in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Pachtverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten eintritt, insoweit eine Einschränkung, als der Pächter bei Beendigung der Pacht die Herausgabe des Zubehörs gegen Zahlung des Taxwerts vom Ersteher nicht verlangen kann. ➵ In dieser Fassung ist der Satz überhaupt nicht verständlich. Sachen des Pächters werden auch nicht mitversteigert. Mot. 179 und JDR. **2** Ziff. 3. — Red. ⇠

6. KG., SeuffA. **59** Nr. 121, ähnlich OLG. Braunschweig das. Nr. 201: Pfändungen und Überweisungen von Mietzinsen können wirksam bis zum Schlusse des Quartals auch noch nach Zuschlag gemäß §§ 573, 1124 BGB., 56, 57 ZVG. sein, wenn vor dem Zuschlage wenigstens Benachrichtigung nach § 845 ZPO. erfolgt war. Daß der Mieter selbst Ersteher gewesen ist, ändert hieran nichts. Abweichend bei ZwVerw. vgl. zu § 148.

7. Über Einfluß der ZwV. auf Mietverhältnisse s. auch Brückner, „Die Miete", Leipzig 02. Er führt u. a. folgendes aus: a) Auch eine Mietüberlassung durch den Schuldner nach Beschlagnahme ist gültig, wenn sie in den Grenzen ordnungsmäßiger Wirtschaft erfolgte (159). b) Bei Betreiben der ZwV. durch den Konkursverwalter kommen die im § 57 angezogenen Stellen des BGB. ebenfalls zur Anwendung (161). c) War die Mietüberlassung z. Z. der Zw. Verw.Beschlagnahme noch nicht erfolgt, so ist weder der Verwalter noch der Mieter gebunden. Der Mieter kann höchstens Schadensersatz wegen Nicht-

erfüllung fordern (162). d) Bei Teilungs-ZwV. fällt das Kündigungsrecht des Erstehers weg (161).

§ 59. 1. Meyer, BayNotZtg. **04** 49 bespricht die Wandelbarkeit der Versteigerungsbedingungen, erkennt sie in Ansehung des geringsten Gebots, der Zuzahlungspflicht nach § 50 und der Mietrechte (§ 57) an, spricht das Antragsrecht auf Abänderung der Bedingungen jedem Beteiligten (auch dem Mieter und Pächter) zu, erkennt keinen Formenzwang für Verlangen nach besonderen Bedingungen und Zustimmung hierzu an und erklärt als Folge einer Verletzung des § 59 z. B. der Unterlassung des notwendigen Doppelausgebots die Versagung des Zuschlags gemäß § 83 Abs. 1. (S. nächste Ziff. 2.)

2. RG. **57** 209: Zu Anträgen auf besondere Bedingungen müssen die dadurch Benachteiligten ihre Zustimmung geben. Aber auch dann darf der Vollstreckungsrichter, wenn zwingende Bestimmungen entgegenstehen (z. B. die über Bestehenbleiben von Hypotheken im §§ 45, 50, 52), dem Antrage nicht stattgeben. Vgl. auch zu § 44 Ziff. 6, § 50 Ziff. 2 und § 52.

3. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 161, R. **04** 506 Nr. 2175: Für den Umfang des Zuschlags sind lediglich die Versteigerungsgedinge maßgebend.

4. SächsOLG. **25** 94: Der Versteigerungsrichter durfte gemäß § 59 Abs. 1 Satz 2 nur mit Zustimmung der dadurch in ihrem Interesse berührten Personen und so insbesondere des betreibenden Gläubigers noch ausständige, wenn auch vom Subhastaten zedierte Brandschadenvergütungen von der Versteigerung ausschließen. Weil er doch anders verfuhr, unterliegt sein Zuschlag der Aufhebung. Vgl. auch zu § 55 Ziff. 1.

§ 61. 1. Burth, WürttZ. **45** 226: Ein Recht, in jedem Falle — also auch dann, wenn ohne Zahlungsfristen gar kein Gebot erfolgt —, die Verweisung auf Erlöse mit Zahlungsfristen (bei Nichtsicherheitsleistung eines Dritten) ablehnen zu dürfen, wird man angesichts der Bestimmung des § 118 Abs. 1 Satz 2 ohne weiteres als Wille des Gesetzgebers annehmen dürfen. Contra nach s. M. Jaeckel.

2. *Samter, Handbuch 52: Die Sicherheitsleistung dieses Paragraphen ist ihrer Höhe nach durch richterliches Ermessen zu bestimmen.

§ 63. LG. Dresden, BuschsZ. **32** 393: Wenn Einzel- und Gesamtgebot mehrerer Grundstücke erfolgt, muß nach § 73 für jedes der Ausgebote die ganze weitere Versteigerungszeit dergestalt zur Verfügung stehen, daß innerhalb dieser Zeit Gebote irgendeiner Art abgegeben werden können. Die Verletzung dieser Vorschrift muß aber aus dem Versteigerungsprotokoll oder doch aus einem Protokollsnachtrage, soweit er zulässig ist, hervorgehen. Über BruchteilsZwV. s. zu § 1 Ziff. 1.

§ 64. 1. OLG. Königsberg, PosMSchr. **04** 171: Das Recht, bei Versteigerung mehrerer mit Gesamthypothek belasteter Grundstücke Schätzung zu verlangen, wird durch die Vorschriften des Art. 8 pr. AGZVG. über Wertsermittelung nach dem Grundstücksreinertrage nicht eingeschränkt.

2. Burth empfiehlt in WürttZ. **45** 228 eine dem Versteigerungstermine vorausgehende Anregung des Gerichts an die Beteiligten zur Antragstellung nach §§ 63, 64 und genaue Rechnungsvorbereitung dafür durch den Versteigerungsbeamten. Die Bildung einzelner Grundstücks-Gruppen hält er bei Anwendung dieser Gesetzesstellen für ausgeschlossen.

§ 65. Jaeckel, R. **04** 585, erachtet Einstellung der ZwV. in Zubehörstücke und deren getrennte Verwertung unter Umständen als nachteilig für die Realgläubiger und empfiehlt, von der Befugnis des § 65 sparsam Gebrauch zu machen. Er bespricht das Urt. RG. Zivils. **55** 414 (vgl. auch oben zu § 55 Ziff. 5) über Forthaftung von Zubehör für Hypothekgläubiger nach Befriedigung des be-

treibenden Gläubigers und Beendigung der Subhastation, welches Urteil von Eccius, Gruchots Beitr. **48** 470 (s. auch R. **05** 65 Nr. 50), bekämpft wird, und kommt zu dem Schlusse, daß in diesem Falle der Hypothekgläubiger die ZwV. in jenes Zubehör nur mittels eigenen vollstreckbaren Titels betreiben könne, den er sich am besten immer schon im voraus bei der Hypothekbestellung durch Erwerb einer vollstreckbaren Urkunde verschafft. S. auch zu § 55 Ziff. 4.

V. Versteigerung.

Vorbemerkung: Die Frage betreffend die Erzielung eines dem wahren Werte des Versteigerungsgegenstandes möglichst nahe kommenden Erlöses berührt zwar nicht unmittelbar bestimmte Vorschriften des ZVG., von § 85, der ein zweifelhaftes Schutzmittel bietet, abgesehen. Sie ist aber nicht nur nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen, da der Staat ein durchaus gerechtes, nicht nur einseitig die Zwecke der Gläubiger berücksichtigendes Vollstreckungsverfahren gewähren will und muß (vgl. oben zu § 10 Ziff. 1), sondern auch privatrechtlich für den persönlichen Schuldner, dessen Vorgänger in der Schuld und seine Bürgen, sowie für haftbare Hypothekzedenten usw. äußerst wichtig. Bekanntlich entspricht der an sich notwendigen Voraussetzung, daß der ZwV.Erlös den annähernd wahren Sachwert darstellt, in sehr vielen Fällen, wenn nicht in der Mehrzahl der Fälle infolge nicht vollständigen Ausbietens von Hypotheken und wegen häufig und verschiedenartig geübter Umtriebe beim Bieten die Wirklichkeit so wenig, daß der Staat selbst für seine Gebührenbewertung jenen Erlös nicht immer für maßgebend hält (vgl. JDR. **2** § 66 Ziff. 4, Ziff. 3). Neuerdings wird die Bedeutung dieser Frage noch dadurch verschärft, daß sich die Rechtsprechung dazu neigt, Verträge über Abhalten vom Bieten u. dgl. minder streng zu behandeln, wie früher (vgl. zu § 66 Ziff. 3 und § 67). Andererseits kommt allerdings als einiges Gegengewicht in Betracht, daß sie ebenso zum Teil beginnt, in gewissen Fällen z. B. bei Schadensersatz- und Vertragserfüllungs-Fragen das ZwV.Ergebnis nicht immer als durchaus maßgebend zu betrachten (vgl. zu § 91 Ziff. 6 und 7, JDR. **2** Ziff. 10). Gründliche Ordnung könnte in diesen Stücken freilich nur im Wege der Gesetzgebung herbeigeführt werden.

§ 66. 1. *Samter, Handbuch 109 Anm. 11: Ist der Hinweis auf die bevorstehende Ausschließung weiterer Anmeldungen unterblieben, dann können nach der Abgabe von Geboten noch erfolgende Anmeldungen berücksichtigt werden. Ist aber jener Hinweis gesetzlich geschehen, so ist nach Abgabe von Geboten eine Berücksichtigung weiterer Anmeldungen unbedingt unzulässig (vgl. zu § 55 Ziff. 6).

2. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 270 Lit. b: Änderung der Gedinge zwischen der 1. und 2. Versteigerung ist nach badischen Vorschriften zulässig, ohne daß dies (vor dem zweiten Versteigerungstermine?) den Beteiligten mitgeteilt wird.

3. **RG.** V. 436/03 v. 18. 5. 04: Veranlaßt und verpflichtet jemand zum Zwecke der Rettung seiner Hypothek einen anderen, bis zu einer gewissen Höhe mitzubieten, indem er zugleich selbst nicht mitzubieten verspricht, so kann dies nicht als Abhalten vom Bieten im Sinne des § 270 pr. StGB. und ebensowenig als gegen die §§ 134, 138 BGB. verstoßend erachtet werden.

➳ Darüber, daß der angezogene § 270 pr. StGB. bei einseitigem Abhalten vom Bieten nicht ohne weiteres Nichtigkeit des betreffenden Vertrags herbeiführt, erging ein demnächst zum Abdrucke gelangender, vom **RG. 51** 401 abweichender Beschluß der vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts vom 17. März 1905, vgl. JW. **05** 167/4. — Red. ⟵

Bildung von Gesellschaften zum Bieten erklärt für nicht unsittlich OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 270.

Daselbst ist auch die Zulässigkeit des Bietens von Mitgliedern eines Gläubigerausschusses anerkannt.

4. Über den Betrag, für den auszubieten ist, s. zu §§ 44 Ziff. 1.

§ 67. RG. **58** 214: Das zum Zwecke der Vereitelung des Bietens gestellte Verlangen nach Sicherheitsleistung muß nicht notwendig eine unsittliche Handlung nach § 826 BGB. sein.

§ 71. 1. Meyer, SeuffBl. **04** 223, erachtet die den Hypothekenbanken im § 15 Abs. 3 HypBankG. auferlegte Erwerbsbeschränkung für unbedingt und nach außen wirkend. Ihr Gebot ist nach seiner Meinung zurückzuweisen, wenn sie nicht Bescheinigung der Aufsichtsbehörde über ihr Bietungsrecht erforderlichenfalls beibringen (R. **04** 403).

2. Lindemann, Gruchots Beitr. **48** 96, hält Gesamtgebote von Personenmehrheiten nur dann für zulässig, wenn diese: a) als Gesamtschuldner haften zu wollen erklären oder b) das Grundstück zur gesamten Hand erwerben wollen oder c) für eheliches Gesamtgut, was bei fortgesetzter Gütergemeinschaft nicht mehr in gleicher Weise möglich sei (R. **04** 403).

3. RG. PuchertsZ. **35** 521: Auftragswidriges (nur zum Zuschlag an den Beauftragten führendes) Zuvielgebot berechtigt den Auftraggeber an sich, vom Auftrage zurückzutreten, also die Annahme des erstandenen Grundstücks zu verweigern und den Versteigerungspreis nicht zu zahlen oder ihn — wenn er ihn irrtümlich gezahlt hat — zurückzufordern.

§ 73. SächsOLG. **25** 94: Ist nach dem Protokolle die einstündige Frist nicht eingehalten, so kann dies nach § 164 ZPO. nur durch Fälschungsnachweis, nicht durch anderweitigen Gegenbeweis entkräftet werden; s. auch zu §§ 63, 78 Ziff. 1. Ähnlich erachtete das RG. (214 V vom 27. Juni 1904) ein Attest des Vollstreckungsgerichts nicht für geeignet, den Inhalt des Versteigerungsprotokolls zu beseitigen.

§ 74. Heilt Einverständnis mit dem Zuschlage Fehler? s. zu § 43.

§ 75. Simon, WürttZ. **46** 353, behandelt die Frage der (den Realgläubigern außerhalb des geringsten Gebots, den neuen Grundstückserwerbern, Mietern Pächter 2c. gestatteten) Befriedigung des betreibenden Gläubigers und deren Wirkung; er stellt Zahlung an das Gericht der Befriedigung des Gläubigers nicht gleich, erörtert die Befugnisse des württemb. Kommissärs zur einstweiligen Einstellung des Verfahrens bei Hinterlegung, verweist im übrigen im Streitfall an das Prozeßgericht, nach dessen Entscheidung gegebenenfalls das ZwV.Verfahren aufzuheben sei. Die Befriedigung des Gläubigers nach erfolgtem Zuschlage hat nach seiner Meinung Versagung des Zuschlags zur Folge.

§ 78. 1. OLG. Karlsruhe, BadRspr. **04** 269: Dem Versteigerungsprotokolle kommt nur die Bedeutung zu, daß ein sicheres Beweismittel geschaffen werden soll. Dagegen ist es nicht Formalakt in dem Sinne, daß es einen wesentlichen Bestandteil des Versteigerungsakts selbst bilden würde und daß infolgedessen auch die Ergänzung durch andere Beweismittel ausgeschlossen wäre; s. auch zu §§ 63, 73.

2. Über Protokollierung des Hinweises auf Ausscheidung von Immobiliar- und Mobiliarwert s. zu § 90 Ziff. 4.

VI. Entscheidung über den Zuschlag.

§ 80. Über Bedeutung des Protokolls und seinen Inhalt s. zu §§ 63, 73, 78.

§ 81. 1. Meyer bespricht in SeuffBl. **04** 226 die Haftung des Meistbietenden und des oder der Zessionare als Gesamtschuldner, er hält aber Rückgängigmachung solcher Übertragungen und ihrer Folgen vor Erteilung des Zuschlags für möglich (R. **04** 403).

2. Vereinbarungen über Übertragung des Meistgebots sind in der Regel nach § 35 PrGKG. als zweiseitige Verträge gebührenpflichtig. KG., KGJ. **26** B 25.

3. Über auftragswidriges Zuvielbieten s. zu § 71 Ziff. 3. Über Zuschlag unter dem Werte s. Vorbemerkung vor § 66, ferner zu § 91 Ziff. 6 und 7.

§ 82. Über Notwendigkeit der Aufnahme der Bedingungen in den Zuschlagsbeschluß s. zu § 9 Ziff. 2 EGZVG., auch zu § 59 Ziff. 3.

§ 83. Über Anfechtung des Zuschlags s. unter anderem zu §§ 25, 28 Ziff. 1; 33, 44 Ziff. 1 und 5; 63, 75, § 59 Ziff. 1 und 4.

§ 84. Stillschweigende Genehmigung? s. zu § 43.

§ 85. *Samter, Handbuch 117: Ein den Antrag auf Anberaumung eines neuen Versteigerungstermins rechtfertigendes „Beeinträchtigtwerden" eines Beteiligten liegt nur dann vor, wenn wider vernünftiges Erwarten der Zuschlag auffällig hinter dem wahren Werte des Grundstücks zurückbleibt. Vgl. Vorbemerkung vor § 66.

§ 88. Über nicht ordnungsmäßige Zustellung vgl. zu § 97 Ziff. 2.

§ 90. 1. Das OLG. Posen entschied (übereinstimmend mit Noltes Ausführungen in PosMschr. **03** 89) in einem U. v. 30. 3. 04 dahin, daß für die Grenzen des versteigerten Grundstücks die Angaben des Katasters und Grundbuchs dann nicht maßgebend sind, wenn ihnen Unrichtigkeiten nachgewiesen werden können, daß vielmehr der Ersteher nur das erwerbe, was sich nach der historischen Ermittlung als richtiger Umfang des versteigerten Grundstücks ergebe.

➳ Wegen nicht vorhandenen Beschwerdewerts wurde die Revision in dieser keineswegs unzweifelhaften Sache verworfen; s. zu § 37 Ziff. 2. — Red. ⇜

2. Nolte führt a. a. O. weiter aus: Ist das Auseinandersetzungsverfahren in den Kataster noch nicht übernommen, so wird der Ersteher also auch Eigentümer der eingeworfenen Parzelle. Ist es dagegen übernommen, so stimmt das Grundbuch nicht mit dem Kataster überein. Im Zweifel, insbesondere, wenn das Grundbuch nichts vom Auseinandersetzungsverfahren erwähnt, wird man aber auch in diesem Falle den Angaben des Grundbuchs den Vorzug geben müssen.

Über Zusammenlegungsverfahren s. zu § 23 Ziff. 2.

3. SächsOLG. **25** 177: Auch wenn das Haus nur zum Teil vom Subhastaten zum Schankgewerbe eingerichtet war, geht das Wirtschaftszubehör auf den Ersteher durch den Zuschlag mit über. Vgl. **RG. 48** 207.

4. KG., KGJ. **26** B 19 und 21: Der Richter hat bei der ZwV. (zu Protokoll) darauf hinzuweisen, daß die Frist zur Angabe des Wertes der mitversteigerten beweglichen Sachen nach §§ 10, 16 Pr. StStG. vom Tage der Verkündung des Zuschlags an läuft. Ist dies unterblieben, so kann auch nach Ablauf dieser Frist die diesbezügliche Angabe des Erstehers berücksichtigt werden. S. auch zu § 130 Ziff. 6.

5. Viele Entscheidungen über Preuß. Umsatzsteuer, auch für den Fall der ZwV. enthält das PrVerwBl. **25** z. B. auf 197, 231, 274, 328, 369, 477.

6. Über Ende des ZwV.Verfahrens s. zu § 20 Ziff. 4 und über Umfang der Beschlagnahme s. auch zu §§ 20, 21, 37, 55, 59.

7. **RG. 56** 243: Ein Rechtsstreit, der schon vor Beginn des ZwV. Verfahrens über den obligatorischen Anspruch auf Herausgabe eines Grundstücks-Bestandteils anhängig war, wird an sich gemäß § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO. durch den Zuschlag des Grundstücks an einen Dritten nicht berührt.

§ 91. 1. LG. Cöln, RheinAV. **21** 88: Hypotheken, die zwar vor dem Zuschlage vom Subhastaten bestellt, aber erst nach diesem und ohne Kenntnis von ihm eingetragen wurden, sind materiell gegen den Ersteher nicht zur Ent-

stehung gelangt. Ohne Löschungsbewilligung der dafür eingetragenen Gläubiger kann der Vollstreckungsrichter in seinem Ersuchschreiben nach § 130, nach dessen Erledigung aber auch der Ersteher allein — dieser nur unter Führung des Nachweises, daß diese Hypotheken nicht übernommen sind — deren Löschung verlangen.

2. Über Erlöschung einer Vormerkung s. zu § 14 Ziff. 1.

3. Flachs, ZBlFrG. **4** 615, begründet folgende Sätze: Die Vereinbarung des Bestehenbleibens von Rechten im Sinne von § 91 Abs. 2 ist ein Ersatz für die sonst im Falle der Nichtzahlung vom Versteigerungsgericht anzuordnende Übertragung nach § 118. Eine solche Vereinbarung ist daher nur bei Rechten möglich, die durch das Meistgebot gedeckt sind. Wird eine derartige Vereinbarung über Rechte getroffen, die durch das Meistgebot nicht gedeckt sind, so gehört sie nicht in das Versteigerungsverfahren, hat nicht die im § 91 Abs. 2 bestimmte Wirkung und ist bei dem vom Versteigerungsgerichte nach § 130 zu erlassenden Ersuchen nicht zu berücksichtigen, sondern nur gelegentlich dieses Ersuchens dem Grundbuchamte mitzuteilen, das darüber im Grundbuchsverfahren zu befinden hat.

S. auch Meyers im allgemeinen übereinstimmende Ausführungen, SeuffBl. **04** 226, ferner JDR. **2** Ziff. 3 und unten zu § 130 Ziff. 3.

4. OLG. Dresden, SeuffA. **59** Nr. 280, OLG. **9** 140, R. **04** 533: Im Gegensatze zu der Meinung von Wolff und Fischer und Schäfer muß, wie andere Ausleger annehmen, in jedem einzelnen Falle nach den besonderen Umständen geprüft werden, ob die Absicht der Vertragschließenden zugleich auf Übernahme der persönlichen Schuld gerichtet war, was allerdings bei Hypothekübernahme näher liegt als in anderen Fällen.

5. Über Eintritt in die persönliche Schuld s. auch Burth, WürttZ. **45** 198: Er bekämpft daselbst 229 Jaeckels Ansicht, daß Hypothekübernahme vor Zuschlag hinfällig wird, insoweit die Hypothek infolge des Zuschlags einen Ausfall erleidet.

6. **RG.** U. 557/03 v. 11. 6. 04: Hat der Verkäufer einer Grundschuld für deren bestimmten Rang Gewährleistung versprochen, so haftet er bei gegebenem schlechteren Range dem Käufer entsprechend für dessen Ausfall in der ZwV., ohne sich auf den günstigen Weiterverkauf des vom Käufer selbst erstandenen Pfandgrundstücks berufen zu können.

Dagegen blieb in einem anderen Falle die Frage offen, ob bei günstigem Weiterverkauf eine Schädigung durch den niedrigen Versteigerungserlös gegeben sei. **RG.** V. 491 v. 18. 5. 04.

7. **RG. 59** 190: Wer eine Hypothek zur Sicherheit für seine (niedrigere) Forderung übertragen erhalten hat, muß dafür sorgen, daß das Grundstück zu einem angemessenen Preise zugeschlagen wird und darf die durch die Zession erlangte formale Rechtsstellung nicht dazu benutzen, das Grundstück weit unter seinem Werte an sich zu bringen. Tut er es dennoch, so handelt er wider Treu und Glauben, der von ihm herbeigeführte Ausfall der Hypothek ist nur ein scheinbarer, da er in dem höheren Werte des Grundstücks Deckung für die Hypothek erhält. Diese Deckung erlangt er aus der Geschäftsbesorgung und daher muß er den seine gesicherte Forderung übersteigenden Wertbetrag an den Zedenten herausgeben (BGB. § 667).

8. Surrogationsprinzip s. zu § 107.

§ 92. Deckungskapital für Rentenbezüge s. zu § 121.

§ 94. Diese ZwVerw. an Stelle der nach § 146 s. zu § 161 Ziff. 1. Schiffsbewachung s. zu § 170.

VII. Beschwerde.

§ 95. 1. OLG. **9** 142 (Colmar): Keine selbständige Beschwerde gegen Feststellung des geringsten Gebots! Entscheidet das Landgericht dennoch sachlich über eine solche, so ist neuer selbständiger Beschwerdegrund gegeben (R. **04** 80 Nr. 372).

2. OLG. Rostock, MecklZ. **23** 36: Gegen den Beschluß, der ohne Gehör der Parteien die ZwV.Anordnung zum Zwecke der Aufhebung der lehenrechtlichen Gemeinschaft wieder aufhebt, finden zunächst Erinnerungen aus § 766 ZPO. und erst dann Beschwerde statt. Vgl. zu § 15 Ziff. 2.

3. Unzulässige Beschwerde s. zu § 25. Verspätete Beschwerde s. zu § 33.

§ 97. 1. **RG. 59** 266: Der, dessen Hypothek mit Unrecht statt einer im Range vorgehenden Hypothek eines anderen in das geringste Gebot aufgenommen wurde, ist zur Beschwerdeerhebung nicht verpflichtet. Die Unterlassung der Beschwerde des geschädigten Vorrangsberechtigten macht das geringste Gebot rechtskräftig. S. auch zu § 44 Ziff. 5.

2. OLG. Breslau, BreslAK. **04** 58: Die im Grundbuch im allgemeinen, wenn auch ohne Namensnennung eingetragenen Nacherben (fideikommissarischen Substituten) wurden zwar als zur Beschwerdeeinlegung in der TeilungsZwV. für befugt erachtet, auch galt die Einlegungsfrist, weil ihnen der Zuschlagsbeschluß nicht rite nach § 88 zugestellt war, als gewahrt, aber die Beschwerde wurde deshalb als unbegründet zurückgewiesen, weil der Zuschlag nur unter Fortbestehen der Rechte der Nacherben erfolgte und diese daher in keiner Weise geschädigt waren.

3. *Samter, Handbuch 131: Ein bereits vor dem Vollstreckungsgerichte zu Recht eingetretener Rechtserfolg der prozessualen Versäumnis der Anmeldung oder Glaubhaftmachung kann in der Beschwerdeinstanz nicht mehr beseitigt werden.

4. OLG. **9** 143 (KG.), (R. **04** 533 Nr. 2337): Gegen die Versagung des Zuschlags hat ein Hypothekar nur dann die Beschwerde, wenn er als Gläubiger die Versteigerung beantragt hat oder ihr beigetreten ist. Seine gemäß § 99 erfolgte Aufforderung zur Gegenerklärung ändert hieran gegebenenfalls nichts.

5. Vgl. zu § 28 Ziff. 1 über Beschwerde wegen eines enteigneten Stückes.

§ 99. Aufforderung zur Gegenerklärung gibt nach Bemerkung zu § 97 Ziff. 4 oben noch kein Beschwerderecht.

§ 100. Aufhebungsgründe s. zu § 44 Ziff. 1, §§ 63, 97 Ziff. 1.

Zur Aufhebung nicht führende Beschwerden s. zu § 28 Ziff. 1, § 97 Ziff. 2 u. 3.

VIII. Verteilung des Erlöses.

Vorbemerkung: Weiterer Untersuchungen werden hier insbesondere noch die Grenzen zwischen Beschwerde- und Widerspruchs-Verfahren bedürfen. Es ist nicht zu leugnen, daß diese Grenzen vielfach verwischt werden und daß dadurch kostspielige und verwirrende Doppelverfahren herbeigeführt werden können. Vgl. unten zu § 115 Ziff. 3, 4, 5.

Man wird daran festhalten müssen, daß die Beschwerde nur gegen äußere (formelle) Mängel des Verteilungsverfahrens, z. B. gegen unrichtige Anberaumung des Termins und Ladung hierzu (§ 105), gegen versehentliche Weglassung eines Teiles der Masse (§ 107) und versehentliche Nichtaufnahme angemeldeter Ansprüche (§§ 109, 110), gegen Nichtaufstellung des Teilungsplans im Termin und Nichtanhörung der anwesenden Beteiligten darüber u. dgl., endlich gegen unrichtige Ausführung des unbestrittenen Verteilungsplans (§§ 116 ff.), keineswegs aber gegen dessen sachliche vom Vollstreckungsrichter und einzelnen Beteiligten gewollte Verteilung, die nur mittels Widerspruchs angegriffen werden kann, zulässig ist. (Vgl. aber auch JDR. **2** § 109 Ziff. 1, § 115 Ziff. 3 u. 4.) S. auch unten zu §§ 112, 148 Ziff. 1 u. zu § 159.

§ 107. *Samter, Handbuch 57 ff.: Die Forderung auf den baren Versteigerungserlös steht als eine auf Grund des Surrogationsprinzips gesetzlich entstandene — wenn der Barerlös auch vom Ersteher gemäß § 107 Abs. 2 zu Händen des Vollstreckungsrichters zu zahlen ist — bis dahin dem Schuldner (dem Subhastaten) zu. Diese Forderung des Subhastaten an den Ersteher ist aber mit einem Forderungspfandrechte zur Sicherung der Ansprüche der Beteiligten, also insbesondere der Hypothekengläubiger belastet, deren Rechte infolge des Zuschlags (§ 91) erlöschen und deshalb aus dem Barerlöse zu befriedigen sind. Die Pfändung des für den Subhastaten zu erwartenden Überschusses sowie der Empfangsbeträge der übrigen Beteiligten ist deshalb nur durch Pfändung der Forderung des Subhastaten gegen den Ersteher bzw. durch Pfändung des Forderungspfandanspruchs der Beteiligten an der Forderung des Subhastaten gegen den Ersteher mit Rechtswirksamkeit ausführbar. Vgl. dagegen über Pfändung schon hinterlegter Beträge IDR. **2** § 117 Ziff. 2.

§ 109. 1. OLG. **9** 378 (Celle): Ein Konkursverwalter hatte, um den Zuschlag für zu niedrigen Preis zu verhindern, 1000 M. Zinsen und Kosten an den betreibenden I. Hypothekgläubiger bezahlt, später meldete er in dem nun vom II. Hypothekgläubiger betriebenen ZwVVerfahren diese 1000 M. an, wurde aber im Verteilungsstreite mit seiner Klage auf deren Auszahlung an die Konkursmasse abgewiesen, weil für Zinsen und Kosten nach §§ 1178, 1118 BGB. keine Eigentümergrundschuld entstehe und den Konkursgläubigern auch kein Pfandrecht an der Konkursmasse gebühre.

2. Stiff beklagt in der ElsLothrNotZ. **24** 1 die Lücke der Els.-Lothr. Gesetzgebung hinsichtlich der Behandlung der Kosten des Notars in der ZwV. Bei deren Nichtdurchführung gibt er dem Notar nur das Mittel der Klagerhebung gegen den Antragsteller, nach dem Zuschlag aber das Recht, sich selbst gegen den Ersteher Vollstreckungstitel nach § 132 und Sicherungshypothek nach § 130 zu geben.

§ 110. 1. OLG. **9** 140, R. **04** 533 (Posen): Die Unterlassung der Anmeldung hat nicht nur Bedeutung für das geringste Gebot, sondern die viel weitergehende Wirkung, daß der im § 37 Abs. 4 angedrohte und im § 110 festgesetzte Rechtsnachteil eintritt, daß somit die nicht angemeldeten Rechte bei Verteilung des Erlöses an die letzte Stelle rücken. Außerhalb des Verteilungsverfahrens kann der säumige Gläubiger daher die Bereicherungsklage gegen den letzten zur Hebung gelangten Gläubiger nicht anstrengen. Vgl. IDR. **2** zu § 110.

2. OLG. Dresden, ZBlFrG. **4** 718, R. **04** 579: Die Unterlassung der Anmeldung von Zinsrückständen einer zu Sicherungszwecken abgetretenen Hypothek durch den Zessionar hat endgültigen Ausschluß auch des Zedenten und Unmöglichkeit eines Bereicherungsanspruchs zur Folge. Vgl. auch zu § 97 Ziff. 3.

§ 111. 1. Thielisch gibt im R. **04** 161 ein Beispiel für Anwendung der Hoffmannschen Formel.

2. Nach Burth, WürttZ. **45** 135, geht unverzinslich auf Hypothek eingetragenes Kindergeld, wenn im geringsten Gebot enthalten, so auf den Ersteher über. Steht es außerhalb des geringsten Gebots, so ist nach seiner Meinung § 111 oder § 120 anzuwenden, d. i. Zwischenzins bis zur Volljährigkeit abzuziehen und eventuell bei statutarischer Nutznießung der Eltern der Betrag zu hinterlegen, wobei bis zur Fälligkeit nicht der Schuldner, sondern die nächstbeteiligten Hypothekgläubiger die Zinsen zu beziehen hätten. (?)

§ 112. 1. **RG.** B. v. 28. 12. 04: Gegen die Art der Verteilung des Gesamterlöses mehrerer Grundstücke auf die einzelnen ist Widerspruch mit darauf folgendem Widerspruchsprozeß zulässig. Vgl. Jaeckel, ZVG. 400 Ziff. 3.

2. Vgl. zu § 64 Ziff. 1 über Schätzung u. zu § 1 Ziff. 1 über Bruchteilsversteigerung.

§ 113. 1. Im Verteilungsverfahren können die bei Feststellung des geringsten Gebots, als solchen, gemachten, rechtskräftig gewordenen Fehler nicht mehr verbessert werden, s. zu § 44 Ziff. 5.

2. **RG. 59** 313: Eine I. Hypothek von 130 000 M. war nur zu 34 190 M. ausgefüllt und angemeldet. Der Überrest wurde dem II. Hypothekgläubiger aus den zwei Gründen zugesprochen, weil er 1. den 130 000 M. nur, soweit sie ausgefüllt werden würden, den Vorrang eingeräumt habe, was auch ohne Grundbuchseintrag hierfür gemäß §§ 873, 880, 892 BGB. gelten müsse; 2. weil die Gläubiger, die Pfändung der betr. Eigentümerhypothek erwirkt hatten und deshalb Anspruch auf jenen Überrest erhoben, Briefwegnahme nicht erwirkt hatten. Diese wurde nicht dadurch ersetzt, daß die I. Hypothekgläubigerin bei ihrer Anmeldung von 34 190 M. den Hypothekenbrief dem Vollstreckungsgericht im ZwV.Verfahren vorgelegt hatte. Es wird hierbei weiter ausgeführt, daß das Erfordernis der Briefwegnahme die Pfändung von Eigentümerhypotheken keineswegs unmöglich mache, wie von anderer Seite behauptet wird.

§ 114. 1. *Samter, Handbuch 149: Auch für die gemäß § 9 EG. u. Art. 6 PrAG. von Amts wegen in das geringste Gebot eingestellten, nicht auf einen Kapitalbetrag gerichteten Rechte muß zwecks Berücksichtigung und Befriedigung in der Erlösverteilung ein Geldbetrag angemeldet werden; der § 51 hat nur für die Feststellung des geringsten Gebots Bedeutung, für die Erlösverteilung kommt nur die Vorschrift des § 114 in Betracht.

2. Über Behandlung einer Altenteilskaution alten Rechtes s. zu § 115 Ziff. 6, über Leibgeding s. auch zu § 44 Ziff. 6.

3. Das OLG. Königsberg — OLG. **9** 379, PosMschr. **04** 104, R. **04** 529 Nr. 2248 — hatte erkannt wie folgt: Ein Grundschuldeintrag ist voll in den Teilungsplan aufzunehmen, unbekümmert darum, ob der Gläubiger den vollen Betrag angemeldet hat. Der etwaige Überrest gebührt trotz Verzichts des Gläubigers auf die Grundschuld gemäß § 1163 Satz 2 BGB. dem Schuldner und nicht dem Ersteher oder nachgehenden dinglichen Gläubiger. Der Ersteher, der hier zugleich erstausfallender Gläubiger war, kann sich auf einen ihm vor der Kaufgelderverteilung vom Grundschuldgläubiger erklärten Verzicht auf die ganze Grundschuld oder auf dessen einseitige formlose Quittung nicht stützen.

➳ Diese Entscheidung ist aber vom RG. in seinem zum Abdrucke bestimmten Urteile V 406/04 v. 8. 3. 05 aufgehoben und der hinterlegte Streitbetrag dem Gläubiger-Ersteher zugesprochen worden, weil § 1163 BGB. auf die Grundschuld nicht volle Anwendung finden könne. — Red. ⇠

4. Über Rang- und Rangrücktritt s. zu §§ 11, 44 Ziff. 4 u. 5 u. zu § 113 Ziff. 2, über Amortisationsraten s. zu § 10 Ziff. 6, § 12, über Rechtsmittel gegen falsche Teilung s. Vorbemerkung vor § 107 und zu §§ 115 u. 159.

§ 115. 1. OLG. Dresden, ZBlFrG. **4** 497: Im Verteilungsverfahren kann die Zustimmung zur Berücksichtigung einer nicht eingetragenen persönlichen Dienstbarkeit (sächsischen Nießbrauchs) von den dadurch betroffenen Berechtigten auch durch Stillschweigen erklärt werden. Vgl. JDR. **2** Ziff. 10.

2. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 10: Beteiligte Gläubiger, gegen die nach § 878 ZPO. Widerspruchsklage zu erheben ist, sind natürlich nur die, deren Befriedigung durch den Widerspruch ganz oder teilweise in Frage gestellt wird.

3. OLG. **9** 381 (Cassel): Im Teilungsplane war die Sicherungshypothek III ihrem eingetragenen Gläubiger unter der Bedingung, daß er seine Berechtigung darauf nachweise, zugeteilt, sie wurde aber sofort, als der von ihm vorgelegte Nachweis für ungenügend befunden wurde, den Hypothekgläubigern IV u. V zu-

gewiesen. Das Landgericht verwarf die Beschwerde hiergegen als unzulässig, weil nur der Klageweg gegeben sei. Das OLG. dagegen nahm 1. einen neuen und selbständigen Beschwerdegrund und 2. die Berechtigung der Beschwerde an, weil kein Widerspruch gegen den Plan erhoben, dieser aber auch unrichtig sei und gegenüber der Gläubigereintragung im Grundbuche der Schuldner das Nichtentstandensein oder Nichtbestehen der Hypothek hätte geltend machen müssen.

4. OLG. Dresden, ZBlFrG. **4** 628: Das Vollstreckungsgericht hatte die Gläubiger, die Pfändung und Einziehungsüberweisung auf die unausgefüllten Teile einer Kautionshypothek und einer Zwangshypothek erwirkt hatten, nicht berücksichtigt. Das LG. gab jedoch ihrer Beschwerde statt und das OLG. wies die Beschwerde des danach aus dem Teilungsplane gestrichenen Nachhypothekars mit der Begründung zurück, daß an sich der Schuldner trotz Überweisung zur Einziehung der Beteiligte sei, jedoch die Pfändungsgläubiger in Höhe ihrer Forderungen und nach deren Zeitfolge Ansprüche auf Auszahlung der Sicherungshypothek hätten und daß die Pfändungen durch Zustellung an den letzten Eigentümer gültig geschehen seien.

➛ Diese Entscheidung steht, abgesehen von der Frage, ob der Beschwerdeweg gegeben war, soviel ersichtlich, mit der reichsgerichtlichen Rspr. **RG.** **55** 378, **56** 13, wonach im gegebenen Falle Eintrag der Pfändungen im Grundbuche nötig war, nicht im Einklang. Vielleicht wird aber die sachliche Entscheidung dadurch getragen, daß der Nachhypothekar zu Beschwerde oder Widerspruch nicht aktiv legitimiert gewesen ist. Vgl. JDR. **2** Ziff. 11 u. Ziff. 12; vgl. auch o. zu § 113 Ziff. 2. Red. ⟵

5. Auch in ZBlFrG. **5** 185 läßt das OLG. Dresden das Beschwerdeverfahren gegen den Teilungsplan wegen unrichtiger Verteilung des freien Teiles einer Höchstbetragshypothek unbeschadet späteren Widerspruchsverfahrens zu.

6. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 1029: Die vor 1900 erfolgte Umwandlung einer größtenteils nicht ausgefüllten preußisch-rechtlichen Altenteilskaution in eine Darlehnshypothek für einen Dritten war gegenüber den nachfolgenden Hypothekengläubigern wegen deren Vorrückungsrechts unwirksam. Soweit der Kautionseintrag aber wegen etwaiger noch nach dem 1. 1. 00 bestehender Altenteilsrückstände Bedeutung hatte, konnte er nach dem Ableben der Altenteilsberechtigten zwar Eigentümergrundschuld werden, aber dem Dritten als Darlehnsgläubiger nicht zukommen. Der darauf entfallende Betrag ist daher im Verteilungsstreite dem im Range nachfolgenden Hypothekengläubiger, der auch Pfändungs- und Überweisungsbeschluß auf die Eigentümergrundschuld erwirkt hatte, zugewiesen worden.

7. **RG.** **58** 156, JW. **04** 369/39 ➛ nicht vollständig abgedruckt. — Red. ⟵: Auch der Gläubiger, der nicht widersprochen hat, kann unter Umständen, sofern nicht sein Anerkenntnis vorliegt, Bereicherungsklage gegen den befriedigten Gläubiger erheben, z. B. dann, wenn er irrig dessen Vorrang statt dessen Gleichrang mit seiner eigenen Hypothek angenommen und deswegen ihn unter dessen Mitverschulden sogar vom Weiterbieten abgehalten hatte.

8. **RG.** B. V v. 4. 5. 04: Es wurde für unzulässig erachtet, daß der Widerspruchsbeklagte Widerklage auf eine weitere Forderung, als die vom Verteilungsstreit betroffene erhebe.

9. Über Rechtsmittel in der Verteilung s. auch Vorbemerkung vor § 107 u. zu §§ 159, 112.

§ 118. Über Zahlungsfristen s. zu § 61 Ziff. 1 und über Ersatz der Überweisung durch Übernahme zu § 91 Ziff. 3.

§ 119. Über bedingte Ansprüche s. zu §§ 14 und 50.

§ 120. Kindergeld mit Nutznießung s. zu § 111 Ziff. 2.

§ 121. Nach *Samter, Handbuch 151 Anm. 8, wäre das im Falle des § 92 Abs. 2 zur Sicherung eines Rentenbezugs festzustellende und zu hinterlegende Deckungskapital nicht stets nach Maßgabe der wahrscheinlichen Lebensdauer des Berechtigten, sondern an sich nach dem 25fachen Wertsbetrage der Jahresleistung des in Form einer Rente zu befriedigenden Rechtes zu ermitteln.

§ 122. Widerspruch gegen die Verteilungsart s. o. zu § 112 Ziff. 1. Bruchteilsversteigerung vgl. o. zu § 1 Ziff. 1.

§ 125. 1. RG. **57** 209: Fiel die im geringsten Gebot enthaltene Eigentümergrundschuld infolge einer Vereinbarung zwischen dem Schuldner und einem nachfolgenden Hypothekgläubiger und einer für diesen eingetragenen Vormerkung nach dem Zuschlage hinweg, so hat der Ersteher deren Betrag bar zu zahlen, und im Verteilungsplan ist zu bestimmen, wem der streitige Betrag zuzuteilen sei. Zugleich war nach § 128 Sicherungshypothek einzutragen. S. über denselben Fall auch zu § 50 Ziff. 2.

2. Herold wendet den § 125 nicht auf Sicherungshypotheken an. S. § 50 Ziff. 3.

§ 128. 1. v. d. Pfordten, BayNotZtg. **04** 220, bekämpft den in JDR. **2** § 128 Ziff. 1 erwähnten Satz, daß die Sicherungshypothek für die Forderung gegen den Ersteher wegen § 1114 BGB. nur auf dem ganzen Grundstück eingetragen werden dürfe, ohne Rücksicht darauf, ob das Recht, zu dessen Ersatz sie dient, auch bisher schon das ganze Grundstück erfaßte oder nur einen Anteil.

2. OLG. **10** 128 (Breslau): Besteht an der durch Zuschlag erloschenen Hypothek ein Pfandrecht, so entsteht auch an der für den Gläubiger einzutragenden Sicherungshypothek ein Pfandrecht. Dieses ist stärker, weil älter, als das Pfändungspfandrecht, das der jetzige Beklagte in Anspruch nimmt. Auf den Öffentlichkeitsgrundsatz (§ 892 BGB.) kann sich dieser nicht stützen, denn es gilt nur für rechtsgeschäftlichen Erwerb. Allerdings hätte der Vollstreckungsrichter gemäß § 128 Satz 2 das Pfandrecht des Klägers eintragen lassen sollen.

3. Ersatz durch Übernahme s. o. zu § 91 Ziff. 3. Sicherungshypothek bei ZwV. in Schiffe s. u. zu § 169.

§ 130. 1. Über an sich zulässige nachträgliche Berichtigung eines Ersuchens äußert sich Meyer, SeuffBl. **04** 229, übereinstimmend mit den im JDR. **2** Ziff. 6 angeführten Entscheidungen. S. auch zu Ziff. 4 unten.

2. Reinhard, ZBlFrG. **4** 466, erklärt es als Vorbedingung des Ersuchens um Löschung eines im geringsten Gebot enthaltenen, aber weggefallenen Rechtes, daß dem Vollstreckungsrichter die Urkunden über den Wegfall in beglaubigter Form (GBO. §§ 19, 22, 29) vorliegen, und ist der Meinung, daß der Eventualberechtigte erst, nachdem er Berichtigung des Grundbuchs herbeigeführt oder doch die dazu erforderlichen Urkunden zur Verfügung des Erstehers bereit hat, die Ersatzsumme kündigen und einklagen kann.

3. Eickhoff, DJZ. **04** 984, schlägt vor, daß der dem Ersteher Geld gegen Hypothek Leihende den Antrag auf Hypothekeintrag im Verteilungsverfahren zu Protokoll gibt oder noch besser beim Grundbuchamte diesen Antrag mit dem Beisatze stellt, daß der neue Eintrag für ihn erfolgen solle, sobald auf Ersuchen des Versteigerungsrichters der Ersteher als neuer Eigentümer eingetragen sein wird.

Linckelmannn, ebendaselbst 1178, tritt dem zweiten Vorschlage bei und meint, daß der Grundbuchrichter auf Antrag immer mit dem Vollzuge der neuen Hypothekbestellung auf das Ersuchschreiben des Vollstreckungsrichters warten müsse.

Dagegen erkennt das BayOLG. eine derartige Verpflichtung des Grundbuchrichters nicht an. OLG. **9** 143, 328, BayOLG. **4** 608.

4. Goslich, ZBlFrG. 5 349, äußert sich dahin, daß das Grundbuchamt auch noch dem nachträglichen Ersucher auf Löschung einer Forderung, deren Löschung übersehen wurde, entsprechen müsse und daß sich der dadurch etwa geschädigte Dritte nur an den Vollstreckungsrichter halten könne. S. auch zu Ziff. 1 oben.

5. Fund, R. 04 43, hält das Ersuchen auf „Eintragung einer Streitmasse zwischen A. u. B." nicht für genügend, verlangt vielmehr kurze, aber bestimmte Angabe, unter welcher Bedingung die Forderung dem A. und dem B. übertragen wird, z. B. dahinlautend: „für den Fall, daß der Widerspruch des B. nicht für begründet erklärt wird, gehört die Forderung dem A., entgegengesetztenfalls dem B."

6. KG., PosMschr. 03 197 f. o. zu § 90 Ziff. 4: Auch für die Gebührenbewertung der Eintragung des Eigentums nach der ZwV. ist in Preußen zwischen dem zu ermittelnden Teile des Meistgebots, der auf das Grundstück und auf das bewegliche Zubehör trifft, zu unterscheiden.

7. LG. Colmar, ElsLothNotZ. 24 314: Dem Notar, dem die Durchführung der ZwV. übertragen ist, steht das Beschwerderecht gegen die sein Ersuchen abweisende Verfügung des Grundbuchamts zu. Das Grundbuchamt hat nur zu prüfen, ob die ersuchende Behörde, also auch der Notar zu den nachgesuchten Maßnahmen gesetzlich befugt ist, ob das Ersuchen in der gehörigen Form gestellt ist und die allgemeinen Voraussetzungen der Eintragung oder Löschung gegeben sind. Der Vollstreckungsbeamte kann nicht um die Löschung des Konkursvermerkes ersuchen.

8. Über verspätete Hypothekeinträge s. zu § 91 Ziff. 1, über vereinbartes Bestehenbleiben zu § 91 Ziff. 3 und über Sicherungseintrag für den Notar selbst vgl. zu § 109 Ziff. 2.

§ 132. Vollstreckbarkeit für den Notar selbst s. zu § 109 Ziff. 2.

§ 133. Über Schiffs-Wiederversteigerung s. zu § 169.

§§ 135 ff. *Samter, Handbuch 185 Anm. 1: Die §§ 135—141 sind nicht anwendbar, wenn die Berechtigten bestehen bleibender Rechte unbekannt sind.

§ 136. S. zu § 138.

§ 138. *Samter, Handbuch 189 Anm. 4: Das Vollstreckungsgericht kann die Ermächtigung zum Aufgebote zwecks Ausschließung eines unbekannten Berechtigten versagen, wenn inzwischen ein Urkundenaufgebot gemäß § 136 anhängig geworden ist.

Dritter Titel. Zwangsverwaltung.

Vorbemerkung: Hier beschäftigen vor allem folgende teils ältere, teils neue Hauptfragen die Auslegung und Rechtsprechung:

1. Kann ZwVerw. im Wege einstweiliger Verfügung eingeleitet werden?
2. Inwieweit können Mietzinspfändungen der Beschlagnahme gegenüber bestehen?
3. Wie regelt sich die Verteilung in der ZwVerw.?
4. In welchem Umfange darf der ZwVerwalter Erwerbsgeschäfte des Schuldners fortführen?
5. Kann er Prozesse noch nach beendigter ZwVerw. weiterführen?

Zu 1. Wird nach der Mehrzahl der Meinungen gegen eine im Wege einstweiliger Verfügung eingeleitete ZwVerw. für Rechnung des Eigentümers nichts zu erinnern sein; s. zu § 146 Ziff. 1.

Zu 2. Der Ansicht, daß die nach Beschlagnahme geschehenen Mitzinspfändungen absolut und nicht bloß dem betreibenden Gläubiger gegenüber ungültig sind, dürfte der Vorzug zu geben sein; s. zu § 148 Ziff. 1 u. 2.

Die vor Beschlagnahme erfolgten Mietzinspfändungen sind innerhalb der Grenzen des § 1124 Abs. 2 BGB. wirksam; s. zu § 148 Ziff. 3.

Zu 3. Hier herrscht noch erhebliche Unsicherheit namentlich für den Fall eines nebenher laufenden ZwV.Verfahrens; s. zu §§ 155 Ziff. 1, 157 und JDR. 2 zu § 157.

Zu 4. Den gründlichen Ausführungen Schultzensteins — vgl. zu § 152 — wird man im allgemeinen beitreten müssen.

Zu 5. Es bricht sich als herrschende Meinung die durch, daß der ZwVerwalter, wenn auch im beschränktem Umfange, auch nach Beendigung der ZwVerw. in der Hauptsache Prozesse noch fortsetzen darf. Zweifel darüber könnten, soweit angängig, durch geeignete Hinausschiebung der Aufhebung der ZwVerw. oder doch durch ausdrücklichen Vorbehalt der Erledigung noch schwebender Geschäfte im Aufhebungsbeschlusse beseitigt werden. Vgl. zu § 153 Ziff. 4 und zu § 161 Ziff. 1 u. 2.

Allgemeine Literatur: Amtliche Preuß. Anweisung für die Geschäftsführung des Verwalters. Berlin, Decker; s. auch JMBl. **99** 791.

§ 146. 1. RG. B. V v. 13. 7. 04: In einer Beschwerdesache wurde Einleitung der ZwVerw. auf Grund einstweiliger Verfügung nicht mißbilligt. Dagegen Heinze, ZBlFrG. **4** 402, dafür Kretzschmar, das. 446; dafür auch mit Einschränkung OLG. Posen, PosMschr. **04** 6. Vgl. auch JDR. **2** § 146 Ziff. 1.

2. LG. Mannheim und v. Harder, Buschs Z. **32** 375: Dem Drittschuldner (Mieter) gegenüber tritt die Wirkung der Beschlagnahme zum Zwecke der ZwVerw. erst zu der Zeit ein, da er davon Kenntnis erhält.

3. Über Vollstreckungsrecht im allgemeinen s. zu § 10 Ziff. 1, über Zuständigkeit s. zu § 15 Ziff. 1, über ZwVerw. bei Nießbrauch s. zu § 152 Ziff. 3.

§ 148. 1. RG. V. 264 v. 17. 12. 04: Die Nichtigkeit einer nach Beschlagnahme vorgenommenen Pfändung von Gegenständen, die für die Hypothek mithaften, besteht nicht bloß dem betreibenden Gläubiger gegenüber, sondern ist eine allgemeine und völlige (§ 865 Abs. 2 ZPO.). Sie muß bei Mietzinspfändungen auch dann angenommen werden, wenn die Beschlagnahme in die Zeit zwischen Vorpfändung nach § 845 ZPO. und Hauptpfändung fällt. — Obschon Mietzinse an sich nicht in die ZwVersteigerungsmasse gehören, so kann doch, wenn sie trotzdem in diese aus einer aufgehobenen ZwVerw. gelangt und dem erstausfallenden Hypothekgläubiger überwiesen sind, der sich auf ein nach vorstehendem nichtiges Pfändungspfandrecht stützende Gläubiger hingegen nicht wirksamen Widerspruch im Verteilungsverfahren erheben; s. auch zu § 161 Ziff. 1 und zu § 20 Ziff. 3.

Ähnlich KG., KGBl. **04** 81 (R. **04** 579 Nr. 2550) und DJZ. **04** 410.

Dagegen wollen OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 10 und v. Harder, Buschs Z. **32** 380 spätere Mietzinspfändungen nur dem betreibenden Gläubiger gegenüber als unwirksam gelten lassen. Ähnlich auch LG. Mannheim, Buschs Z. **32** 375.

2. KG., DJZ. **04** 410: Nur im Wege des Anschlusses können andere Gläubiger Mieten in Anspruch nehmen; vgl. KGBl. **15** 81 (R. **04** 579 Nr. 2550).

3. OLG. **10** 122 (Dresden): Vor der Beschlagnahme geschehene Mietzinspfändungen kann der Hypothekgläubiger nicht hindern und auch nach der Beschlagnahme wirken sie im Umfange des § 1124 Abs. 2 BGB. fort.

§ 149. *Samter, Handbuch 238 Anm. 2: Die im § 149 getroffene Exekutionsbeschränkung ist, wie die für Mobiliarvollstreckung im § 811 ZPO. gegebene analoge Vorschrift unbedingt zu beobachten.

§ 150. 1. OLG. **9** 144 (Kiel) (R. **04** 533 Nr. 2339): Allerdings ist der ZwVerwalter ebensowenig wie der Konkursverwalter Vertreter des Schuldners und ebensowenig sein Rechtsnachfolger. Dies hindert jedoch nicht, daß in gewissen Beziehungen, besonders in Hinsicht auf anhängige Prozesse der ZwVer-

walter als Rechtsnachfolger des Schuldners und dieser umgekehrt nach Aufhebung der ZwVerw. als Rechtsnachfolger des ZwVerwalters besonders bei dinglichen Ansprüchen behandelt wird. Der Eintritt des Eigentümers in den Prozeß an Stelle des ZwVerwalters ist insofern zulässig; s. auch zu § 161 Ziff. 2.

2. Besitz eines Dritten am Grundstücke s. zu § 161 Ziff. 3.

§ 152. 1. Schultzenstein, Buschs Z. **33** 447, erörtert einschränkend gegenüber Matthiesen, Buschs Z. **31** 315 (R. **04** 67), die Stellung und den Gewerbebetrieb des ZwVerwalters, namentlich auch als Apothekers und führt im wesentlichen folgendes aus: Der ZwVerwalter darf nicht selbständigen Gewerbebetrieb beginnen, sondern den des Schuldners, soweit er in Ausnutzung des Grundstücks besteht, nur fortsetzen. Dann ist er gewerblicher Stellvertreter des Schuldners nach Maßgabe des Gewerberechts. Wo dieses Stellvertretung nicht zuläßt, kann sie auch der ZwVerwalter nicht üben. Durch den Tod des Schuldners, Konzessionsentziehung usw. erledigt sich die Stellvertretung des Zw. Verwalters, soweit nicht der neue Eigentümer neuen Gewerbebetrieb beginnt. Der ZwVerwalter kann sich oder dem Schuldner nicht wieder einen Stellvertreter geben. Er muß den gesetzlichen Erfordernissen eines jeden gewerblichen Stellvertreters genügen und ist überhaupt allen öffentlichen und privatrechtlichen Pflichten eines solchen unterworfen, wie auch andererseits sein Gewerbebetrieb das Erlöschen der Genehmigung hindert; vgl. JDR. **2** Ziff. 6.

2. PrOVG., JMBl. **04** 105: Der Zwangsverwalter ist gesetzlich nicht befugt, das Schankgewerbe auf Grund der dem Eigentümer des Grundstücks erteilten Konzession ohne dessen Genehmigung auf dem Grundstücke fortzusetzen; denn die Konzession ist an die Person, nicht an das Lokal geknüpft, sie ist kein Zubehör des Grundstücks.

3. **RG. 56** 388, JW. **04** 186/38: Bei bestehendem Nießbrauche ist ZwVerw. mit Zustimmung des Nießbrauchers natürlich möglich. In diesem Falle hat der ZwVerw. die richtige Verwendung des Grundstücksertrags zur Abtragung von öffentlichen Lasten, Hypothekzinsen usw. durch den Nießbraucher zu überwachen. Vgl. JDR. **2** § 146 Ziff. 2 und 3.

4. SächsOLG. **25** 72: Der ZwVerw. ist auch nach Beendigung der ZwVerw. berechtigt, die noch nicht abgewickelten Angelegenheiten und Prozesse zu Ende zu führen. Er ist dagegen nicht verpflichtet, etwaige der ZwVersteigerung entgegenstehende Rechte Dritter auf bewegliche Sachen im ZwVersteigerungsverfahren wahrzunehmen, auf das sich seine Befugnisse überhaupt nicht erstrecken. Ein angeblicher Mobiliareigentümer, der selbst den Antrag nach § 37 Abs. 5 in der ZwVerw. versäumte, kann ihn nicht auf Schadensersatz verklagen.

5. Über Mietüberlassung s. zu § 57 Ziff. 7.

§ 154. Thurow, R. **04** 356, erklärt es für unbillig, daß das Gesetz (trotz des § 368 BGB., s. Motive hierzu IV 1188) dem zur Rechnungslegung Verpflichteten einen Anspruch auf Entlastung versagt.

§ 155. 1. OLG. Stuttgart, WürttJ. **16** 290: Das Gesetz scheint trotz dafür sprechender Stellen nicht zu wollen, daß bei Verteilung der Nutzungsüberschüsse nur fällige Zinsansprüche Berücksichtigung finden können. Wäre dies aber auch anzunehmen, so kann es doch nicht für den von der Gesetzgebung nicht geregelten Fall gelten, wo die ZwVerw durch den Zuschlag des verwalteten Grundstücks ihr Ende erreicht hat, eine planmäßige Feststellung der Art der Verwendung der künftig zu erzielenden Nutzungsüberschüsse nicht erfolgt ist und der amtsgerichtliche Teilungsplan sich darauf beschränken mußte, die Ergebnisse der bisherigen, durch den Zuschlag beendeten Verwaltung an die Berechtigten zu verteilen. Daß auch in solchem Falle nicht fällige Zinsansprüche ausgeschlossen seien und der Nutzungsüberschuß der V. Klasse (§ 10 Ziff. 5) zugute kommen soll,

unterliegt erheblichen Bedenken. Jedenfalls aber dürfen die nebeneinander herlaufenden beiden Verfahren der ZwV. und ZwVerw. nicht als völlig unabhängig voneinander behandelt, sondern es muß in einem auf das andere Rücksicht genommen und darf der Versteigerungs-Verteilungsplan nicht mit Zinsauszahlungen belastet werden, die aus der ZwVerwMasse zu befriedigen sind; s. dagegen zu § 157.

2. **RG.** V 264 v. 17. 12. 1904: Eine Abführung des freien Restes der ZwVerw., der dem Schuldner gebührt, an die ZwVersteigMasse findet regelmäßig nicht statt.

§ 157. *Samter, Handbuch 258 Anm. 4: Rangmäßigkeit und Fälligkeit des einzelnen Anspruchs sind die Voraussetzungen für Zahlungen auf laufende Ansprüche in der ZwVerw. Der Verwalter kann daher auf laufende Beträge nachstehender Rechte zahlen, wenn solche Beträge vorgehender Rechte noch nicht fällig sind, auch wenn durch jene Zahlungen sein Kassenbestand erschöpft wird. S. dagegen zu § 155 Ziff. 1.

§ 159. OLG. Marienwerder, SeuffA. **59** 191, R. **04** 226 Nr. 1098: Die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO. gegen einen vom Richter im ZwVerw. Verfahren aufgestellten Teilungsplan ist mindestens dann zulässig, wenn sie darauf gestützt wird, daß der Plan formell nicht den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend aufgestellt, insofern also nicht einem einzelnen Gläubiger, sondern der Gesamtheit der Gläubiger nachteilig ist. S. auch Vorbemerkung oben vor § 107 und zu § 115 Ziff. 4 und 5.

§ 161. 1. **RG. 59** 88 hatte folgenden Fall zu entscheiden: Das Ersuchen um Eintragung des ZwVerwVermerks für A. ging beim Grundbuchamte nachmittags 1 Uhr ein. Abends nach 7 Uhr desselben Tages wurden die Mietzinse für B. gepfändet. Diese sind mit 2927,57 M. hinterlegt worden. Im Laufe des eingeleiteten ZwVersteigVerfahrens wurde jene erste ZwVerw. aufgehoben, aber eine neue nach § 94 eingeleitet unter Beibehaltung des bisherigen ZwVerwalters C. Am Tage des Kaufgelderbelegungstermins ist auch diese zweite ZwVerw. aufgehoben worden, nachdem die Beteiligten die Zuziehung der 2927,57 M. zur ZwVersteigMasse und deren Zuteilung nach Kostentilgung an die Ersteherin als erstausfallende Hypothekgläubigerin bewilligt hatten. Der ZwVerwalter C. klagte nun gegen den Pfändungsgläubiger B. auf Zustimmung zur Auszahlung der 2927,57 M. an die ZwVerwMasse und drang damit in 3 Instanzen durch. Das Urteil enthält darüber folgende Sätze: Die Richtigkeit der Ansicht des Revisionsklägers (B.), daß der Verwalter seine Legitimation nur vom Vollstreckungsgericht ableiten könne, nicht von den Beteiligten, kann dahingestellt bleiben, da nach Inhalt des Protokolls noch eine unverteilte Verwaltungsmasse aus der ersten ZwVerw. vorhanden ist und daher die Aufhebung der Zw. Verwaltung nur unter dem Vorbehalte der Verteilung oder Zuweisung dieser Masse erfolgt sein kann. Insoweit besteht die ZwVerw. und das Amt des Verwalters noch fort, woraus sich dessen Legitimation zur Führung oder Fortführung von Prozessen über die unverteilte Masse ergibt. Zwar ist der die Zw. Verw. betreibende Gläubiger befriedigt und daher an sich der hinterlegte Betrag gemäß § 161 dem Schuldner zuzuweisen. Aber das ist hier nach Lage der Sache zweifelhaft, wäre es aber auch richtig, so besteht doch immer noch eine unverteilte ZwVerwMasse und dauert insoweit die Verwalterfunktion fort. — Daß der Pfändungsgläubiger B. gemäß §§ 865 Abs. 2, 845 ZPO. kein Recht auf die Mietzinse hat, wird dann, wie oben zu § 148 Ziff. 1 angegeben, ausgeführt. Vgl. auch IDR. **2** zu § 161.

2. Lafrenz, R. **04** 67, bekämpft vorerwähnte Ansicht des RG. über Prozeßfortführung des ZwVerwalters nach Aufhebung der ZwVerw., beharrt

auf seinen IDR. **2** § 161 Ziff. 1 angegebenen Ausführungen und will den ZwVerwalter nach Aufhebung der ZwVerw. nur noch als Geschäftsführer ohne Auftrag angesehen wissen.

Ebenso wendet sich Kiehl, BuschsZ. **30** 354, gegen das RG. U. v. 29. 4. 02, JW. **02** 318/35, er betrachtet den Grundstückseigentümer nach Aufhebung der ZwVerw. als zur Prozeßfortsetzung verpflichtet. S. hiergegen auch OLG. Dresden oben § 152 Ziff. 4.

3. LG. Bautzen, ZBlFrG. **4** 629 contra Reinhards Kommentar II 263: Daß sich das Grundstück im Besitz eines zur Herausgabe nicht bereiten Dritten befindet, ist an sich kein Grund, die ZwVerw. von Amts wegen wieder aufzuheben.

Zweiter Abschnitt. Zwangsversteigerung von Schiffen im Wege der Zwangsvollstreckung.

§ 162. 1. KG., ZBlFrG. **5** 430: Auch der Gläubiger, dem wegen einer Forderung aus einem Werkvertrag ein gesetzliches Pfandrecht an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiffe zusteht, kann nicht im Wege der Realisation eines Faustpfandes, sondern nur nach §§ 162 ff. seine Befriedigung aus dem Pfande gemäß §§ 647, 1228, 1266, 1268 BGB., § 103 BinnenSchG. suchen.

2. Über Schiffszubehör s. zu § 20 Ziff. 2 a. E. u. § 1265 BGB.

§ 163. Über Zuständigkeit s. zu § 15 Ziff. 1.

§ 169. Knitschky, Gruchots Beitr. **45** 811, untersucht die durch imperium des Richters für den Erlös neu begründete Schiffshypothek der Gläubiger und gelangt dabei zu folgenden Sätzen: Dies Pfandrecht, obwohl durch den Richter begründet, entsteht — anders wie das Schiffsarrestpfandrecht — erst durch Eintragung. Es ist auch für den Gläubiger, der bisher schon ein Pfandrecht hatte, ein durchaus neues. Den neuen Erwerber des Schiffes schützt sein guter Glaube, daß der Preis vom Ersteher ganz berichtigt sei, nicht. Der Gesetzesausdruck „ein Pfandrecht" ist dahin zu verstehen, daß sich das Pfandrecht doch in eine Mehrheit von Pfandrechten zugunsten der einzelnen zerlegt. Ein Klagerecht der Gläubiger gegen den Ersteher oder gar gegen dessen Rechtsnachfolger gibt es nicht, nur Wiederversteigerung nach § 133. Bei Veräußerung an einen Ausländer vor Eintragung des Pfandrechts ist aber solche Eintragung nicht mehr möglich, weil das Schiff sofort im Schiffsregister gelöscht werden muß. Dann können sich die Gläubiger höchstens durch Pfändung des Kaufpreises des Schiffes helfen. Vgl. aber auch IDR. **2** § 132 Ziff. 1.

§ 170. Knitschky, Gruchots Beitr. **45** 811, erklärt die Bewachungskosten für Gerichtsauslagen, wofür der Antragsteller vorschußpflichtig sei.

Dritter Abschnitt. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung in besonderen Fällen.

§ 172. Über Mieten in der Konkurs-ZwV. s. zu § 57 Ziff. 7, Stellung des Konkurs-Verwalters s. zu § 44 Ziff. 3, sein Verfügungsrecht zu § 23 Ziff. 3 u. zu § 55 Ziff. 4, über Löschung des Konkursvermerkes s. zu § 130 Ziff. 7.

§ 173. Vgl. die Zitate zu § 172.

§ 174. 1. Meyer führt in SeuffBl. **04** 232 aus: Bei Doppelausgebot, das in einem vom Konkursverwalter betriebenen ZwV.Verfahren auf Verlangen eines absonderungsberechtigten und zugleich persönlichen Gläubigers erfolgt, hat der gedachte Gläubiger das Wahlrecht, für welches Gebot der Zuschlag erteilt werden soll, womit seinem Vorteil am besten gedient ist. Die Frage ist jedoch bestritten. S. auch zu § 44 Ziff. 3.

2. *Samter, Handbuch 204, gibt Zahlenbeispiele zur Erläuterung dieses schwierigen Paragraphen.

§ 175. Rheinstein, ZBlFrG. 5 353, begründet mit Hinweis auf §§ 1970, 2045 BGB. den Satz, daß der Miterbe, der auf Grund des § 175 ZwV. des belasteten Nachlaßgrundstücks betreibt, Aufschub der Erbauseinandersetzung bis zur Beendigung der Versteigerung verlangen kann.

§ 180. Wiederaufhebung eines die ZwV. zum Zwecke der Aufhebung einer Lehensgemeinschaft anordnenden Beschlusses s. zu § 95 Ziff. 2. Über Beschwerde der Nacherben s. zu § 97 Ziff. 2 u. § 33.

§ 181. 1. RG. V 73 v. 18. 6. 04: Gegen Teilungs-ZwV. ist Widerspruch wegen vertragsmäßigen Erwerbes der Grundfläche in das Alleineigentum zulässig, nicht aber wegen nicht genehmigter Überbauung. Im letzten Falle ist nur Trennung der Gebäude oder, wenn sie mitversteigert werden, Auseinandersetzung über den Wert möglich.

2. OLG. Stuttgart, WürttJ. 16 285: Vater und Sohn waren Miteigentümer je zur Hälfte, der Sohn mit Anrecht auf Alleinerwerb des Grundstücks nach dem Tode des Vaters. Der Vater ließ Anordnung der Teilungs-ZwV. im Grundbuch eintragen. Später erwirkte der Sohn im Wege einstweiliger Verfügung 1. Vormerkung seines Anrechts, 2. Eintrag eines Veräußerungs- und Belastungs-Verbots im Grundbuche. Die Vormerkung zu 1 wurde zwar für das schwebende ZwV Verfahren als bedeutungslos, aber an sich nicht als unzulässig gemäß §§ 20, 23 erachtet. Der Eintrag zu 2 wurde, da nur Teilungssubhastation vorliege, für eine vorläufige Einstellung des Verfahrens im Sinne der §§ 767, 769, 771 ZPO. zugelassen. Demgemäß sind beide einstweilige Verfügungen für rechtmäßig erklärt worden, die zu 2 ausdrücklich nur bis zur Erlassung des Urteils in der Hauptsache.

§ 182. *Samter, Handbuch 309 Anm. 9: Unter dem „Vorgehen oder Gleichstehen" ist nur ein rangmäßiges Vorgehen oder Gleichstehen, nicht ein zeitlich früheres Eingetragensein zu verstehen. Vgl. IDR. 2 § 182 Ziff. 1.

§ 183. Kein Mietkündigungsrecht des Erstehers s. zu § 57 Ziff. 7.

Einführungsgesetz zu dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

Vom 24. März 1897.

§ 9. 1. Scholz bespricht in ElsLothrJZ. 29 419 die Grunddienstbarkeit des Zwischenrechts und führt unter anderem aus: An sich würden verborgene Grunddienstbarkeiten alten Rechtes gegenüber einem betreibenden Gläubiger, der sich auf ein älteres Recht stützt, ihren Bestand einbüßen und nur zur Teilnahme an der Erlösverteilung berechtigen. Von diesem Grundsatze macht § 9 EG. zugunsten der Landesgesetzgebung eine — immerhin beschränkte — Ausnahme. — Die nirgends in öffentlichen Büchern eingetragenen Inhaber von Grunddienstbarkeiten alten Rechtes kommen in Elsaß-Lothringen nur dann als Beteiligte im Sinne des § 9 ZVG. in Betracht, wenn sie die Grunddienstbarkeit anmelden und glaubhaft machen.

2. OLG. 9 375: Ein mit Altenteil belastetes Grundstück wurde doppelt ausgeboten und ohne Altenteil zugeschlagen. Obschon die Erlöschung des Altenteils, wenn auch im Versteigerungsprotokoll enthalten, so doch in den Zuschlagsbeschluß nicht ausdrücklich aufgenommen worden war, hat das OLG. Kiel die Klage des Altenteilsberechtigten gegen den Ersteher auf Berichtigung des Grund-

buchs und auf Erfüllung seiner Altenteilsansprüche abgewiesen. Dieses Urteil ist jedoch vom RG. in seinem zum Abdrucke bestimmten Urteile V 339/04 v. 28. 1. 05 unter Zusprechung der Klage im wesentlichen aufgehoben worden. —

3. Über Leibgeding s. zu § 44 Ziff. 6, § 114 Ziff. 1, § 115 Ziff. 6.

§ 13. Über landesrechtlich anders geordnetes Verfahren s. Einzelheiten zu §§ 36, 75, 109 Ziff. 2, 130 Ziff. 7.

Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz.

Vorbemerkung: Das Gesetz ist in der Literatur nur wenig beachtet, in der Judikatur nur selten angewendet worden. Entscheidungen sind nur zu § 11 ergangen.

Literatur: S. u. Literatur zum GVG.

§ 2. *Weismann 24 ff.: Die Abgrenzung der streitigen von der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann des näheren nur aus dem positiven Rechte entnommen werden. Eine begriffliche Scheidung ist nicht möglich, so oft sie auch schon in der Theorie versucht worden ist. Der Unterschied liegt nicht in der Art der Tätigkeit oder in der Art der Angelegenheit, nicht darin, ob die Angelegenheit eine streitige oder unstreitige ist und nicht im Endzweck des Verfahrens.

§ 3. **RG. 55** 138: Durch Landesgesetz kann eine Zuständigkeit des Reichsgerichts für Beschwerden wegen verzögerter Rechtsprechung nicht geschaffen werden. Hat das OLG. die Kosten einer derartigen Beschwerde dem Beschwerdeführer mit Bezug auf § 102 ZPO. auferlegt, so ist das RG. auch zur Entscheidung über die dagegen eingelegte sofortige Beschwerde nicht zuständig.

§ 5. *Weismann 33: Ob diese besonderen Bestimmungen der Haus- und Landesgesetze für das ganze Gebiet des Reichs (oder nur in dem einzelnen Bundesstaate, in dem sie erlassen sind) Geltung haben, ist bestritten.

§ 11. 1. *Weismann 31: Ein Kompetenzkonfliktshof kann immer nur zuständig sein für Konflikte der Verwaltungsbehörden und Gerichte des eigenen Staates, nicht eines anderen Staates oder des Reichsgerichts. — Noch einschränkender: die positive Bestimmung des Art I d. PrGes. v. 22. 5. 02.

2. VerwGerH. BadAnn. **70** 151: Der Vorbehalt des § 11 gilt auch dann, wenn landesgesetzlich an Stelle der Haftung des Beamten selbst die Haftung des Staates gesetzt wird.

3. **RG.** ElsLothrJZ. **03** 209: Eine Überschreitung der Amtsbefugnisse liegt vor, wenn der Beamte zur Vornahme der Amtshandlung formell nicht befugt war oder die der Amtshandlung zugrunde liegende Auffassung sie nicht rechtfertigt; dagegen macht ein Irrtum bei Beurteilung des Beweisergebnisses die Amtshandlung nicht zu einer rechtswidrigen.

4. **RG.** ElsLothrJZ. **03** 209: Im Reichslande gibt es keinen obersten Verwaltungsgerichtshof im Sinne des § 11.

Gerichtsverfassungsgesetz.

Vorbemerkung: Das GVG. beschäftigt sich im wesentlichen mit der Organisation der Gerichte. Da diese seit langem durchgeführt ist, finden viele Vorschriften zur Zeit in der Judikatur keine Anwendung mehr und demgemäß in der Literatur keine Beachtung. Nur auf drei Gebieten des Gesetzes hat die Praxis und zum Teile auch die Theorie ein Feld reicherer Arbeit: Bei der Zulässigkeit des Rechtswegs, bei der Rechtshilfe und bei der Sitzungspolizei. Auf dem ersten Gebiete macht die Grenzziehung zwischen Privat- und öffentlichem Rechte naturgemäß Schwierigkeiten; bei

der Handhabung der Sitzungspolizei stellt das Rechtsleben immer wieder neue Fragen; bei der Rechtshilfe dagegen werden die Oberlandesgerichte meist nur zu dem Zwecke angerufen, das ersuchte Gericht auf den klaren Wortlaut des Gesetzes hinzuweisen, nach dem das Gesuch nicht abgelehnt werden darf und eine allgemeine Ausnahme auch für den Fall nicht besteht, daß das ersuchende Gericht irgend einen Fehler gemacht hat.

Literatur: 1. Lehrbücher: Kleinfeller, Weismann. 2. Kommentar: Loewe-Hellwig.

§ 1. *Weismann 216: Der Richter ist prinzipiell zur Rechtsschöpfung nicht berufen.

Zweiter Titel. Gerichtsbarkeit.

§ 12. *Weismann 27: Die Gerichtsbarkeit steht dem Reiche zu, soweit das Reichsgericht zuständig ist. Im übrigen ist sie den einzelnen Bundesstaaten verblieben, als eigenes, nicht von der Reichsgewalt abgeleitetes Recht, allerdings durch die Gerichtsbarkeit des Reiches beschränkt und in ihrer Ausübung an die Gesetze des Reiches gebunden.

§ 13. I. Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

1. *Friedrichs, Kommentar zum Zuständigkeitsgesetz 305: Der Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist identisch mit dem Ausdrucke Privateigentum im § 1 d. G. v. 11. 5. 1842 (GS. 192). Er ist reichsgesetzlich nicht abgegrenzt. Er umfaßt alle Streitigkeiten über Vermögensrechte und alle daraus hervorgehenden Ansprüche, auch soweit sie auf öffentlich-rechtlicher Grundlage beruhen, ferner über das Namensrecht, die familienrechtlichen Befugnisse, öffentlich-rechtliche Befugnisse ohne Geldeswert, als die Mitgliedschaft an Kirchengemeinden und anderen öffentlichen Korporationen, das Recht an Kirchenstühlen u. ä.

2. **RG. 57** 350, JW. **04** 180: Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten sind nicht nur solche, welche sich ausschließlich auf einen Streit über die Anwendung privatrechtlicher Normen beziehen. Auch die Verfolgung eines auf einem öffentlich-rechtlichen Titel beruhenden Anspruchs kann, wie z. B. § 70 GVG. erkennen läßt, eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit darstellen. Maßgebend ist vielmehr nur, ob es sich bei den die Klage tragenden Rechtsnormen um einen Gegenstand des öffentlichen Interesses, des Gemeinwohls oder um das Rechtsgut und die individuelle Rechtssphäre eines Einzelnen handelt.

3. OLG. Frankfurt, R. **04** 109: Ob ein privatrechtlicher Anspruch oder ein solches Rechtsverhältnis vorliegt, richtet sich nicht danach, ob die zugrunde liegende Rechtsnorm dem Privat- oder dem öffentlichen Rechte angehört. Die Natur des Streitgegenstandes als eines Privatrechts, nicht die Art der zur Anwendung kommenden Rechtsnorm entscheidet.

4. **RG. 51** 418: Ein bürgerlicher Rechtsstreit und Zulässigkeit des Rechtswegs liegt vor, obwohl die streitigen Lasten inhaltlich mit den öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen (aus dem Ges. v. 2. 7. 75) übereinstimmen, wenn die Voraussetzungen dieses Gesetzes zur Zeit der Eintragung des Rechtes in das Grundbuch nicht vorgelegen haben.

5. **RG.** JW. **04** 213: Ist der ordentliche Rechtsweg für einen Streit über das Nichtbestehen einer Verpflichtung wegen der öffentlich-rechtlichen Natur der letzteren ausgeschlossen, so wird er nicht dadurch eröffnet, daß der Fortfall der Pflicht auf eine Observanz gestützt wird, da diese dieselbe Rechtsnatur hat, wie das durch sie angeblich beseitigte Gesetz.

6. OLG. Karlsruhe, WürttJ. **04** 350: Bei einer negativen Feststellungsklage kommt es nicht darauf an, worauf der Kläger das Nichtbestehen stützt. Es kommt nur auf den Grund an, den der Beklagte für das Bestehen der Forderung anführt.

7. OLG. Frankfurt, R. **04** 109: Die Frage, ob die beklagte Gemeinde berechtigt sei, Leichenbestattungen auf ihren Friedhöfen nur unter bestimmten Bedingungen zuzulassen, dergestalt, daß der Kläger von der Ausübung seines Gewerbes tatsächlich ausgeschlossen wird, ist auf Grund des Privatrechts der Gewerbefreiheit also von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden.

8. BayObLG. **4** 486: Für die Beantwortung der Frage, ob für die Geltendmachung eines Anspruchs der Rechtsweg zulässig ist, kommt es nur auf die rechtliche Natur des streitigen Rechtsverhältnisses und darauf an, ob die zur Begründung des Anspruchs behaupteten Tatsachen an sich geeignet sind, ihn als einen Anspruch erscheinen zu lassen, dessen Entstehung auf einem dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes angehörigen Grunde beruht. Der äußere Anlaß oder der Beweggrund der Parteien zur Begründung des streitigen Rechtsverhältnisses ist nicht schlechthin für die Entscheidung maßgebend, ob der aus dem Rechtsverhältnis abgeleitete Anspruch dem bürgerlichen oder dem öffentlichen Rechte angehört.... Um bei dem Einwirken öffentlich-rechtlicher Interessen oder Zwecke das Rechtsverhältnis gleichwohl als ein dem bürgerlichen Rechte angehöriges erscheinen zu lassen, ist jedenfalls ein besonderer Begründungsakt zwischen den Beteiligten, der einen Privatrechtstitel bildet, z. B. ein Vertrag, die landesherrliche Verleihung oder dergleichen erforderlich. Die bloße Behauptung „der Leistung seit unvordenklicher Zeit" kann einen besonderen Begründungsakt nicht ersetzen.

II. Zulässigkeit des Rechtswegs.

1. *Weismann 30: Die gesetzlichen Bestimmungen der Einzelstaaten über die Zulässigkeit des Rechtswegs haben nur für sie selber Geltung. Die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs ist daher von jedem Gerichte nach dem Rechte seines Staates zu prüfen (gegen Hellwig § 10 II Nr. 49).

2. *Weismann 28: Daß für eine Sache der Rechtsweg zulässig sei, heißt nichts anderes, als daß für diese Sache die Gerichte und nicht Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte zuständig seien. Zulässigkeit des Rechtsweges bedeutet Zulässigkeit des Gerichtsweges; Recht ist hier nach einem sonst veralteten Sprachgebrauch gleichbedeutend mit Gericht.

3. OLG. Dresden, Fischers Z. **27** 262: Die Partei hat dem Staate gegenüber keinen Anspruch auf eine bestimmte Art des Rechtsschutzes. Der Rechtsweg wird daher durch Inkrafttreten eines ihn ausschließenden Gesetzes auch für solche Ansprüche unzulässig, für die er vorher bestanden hatte.

4. OLG. Marienwerder, PosMschr. **03** 8: Für die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs sind in erster Reihe nicht die aufgestellten Behauptungen sondern die Anträge der Partei entscheidend.

III. Rechtsweg und Verwaltungszwangsverfahren.

A. Zulässigkeit des Rechtswegs.

1. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 695: Auch wenn das Verwaltungszwangsvollstreckungsverfahren zulässig und eingeleitet ist, kann auf das Nichtbestehen der zugrunde liegenden privatrechtlichen Verbindlichkeit geklagt werden.

2. **RG.** JW. **03** 19: Zulässig ist der Rechtsweg für den Anspruch auf Feststellung des Nichtbestehens einer Verbindlichkeit, deren Beitreibung im Wege des Verwaltungszwangsverfahrens erfolgt.

3. OLG. Köln, RheinArch. **04** 145: Auf Abgaben, die von der zuständigen Verwaltungsbehörde gemäß gesetzlicher Bestimmung angeordnet oder für vollstreckbar erklärt sind, z. B. Glockenfruchtabgaben, ist der Rechtsweg zulässig, wenn die Abgaben auf privatrechtlicher Grundlage beruhen und nicht als öffentlich-rechtliche Steuer (z. B. Kirchensteuer) anzusehen sind.

B. Unzulässigkeit des Rechtswegs.

1. OLG. Dresden, Fischers Z. **27** 251: Die Entscheidung über Einwendungen gegen den Rechtsbestand privatrechtlicher Forderungen eines Gemeindeverbandes, deren Einziehung vermöge Ortsstatuts im Verwaltungszwangsverfahren zu erfolgen hat, gehört (nach sächsischem Rechte) zur Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden. Ebenso nach preuß. Rechte **RG.** **26** 337, u. U. OLG. **5** 14.

2. OLG. Marienwerder, PosMschr. **03** 7: Unzulässig ist der Rechtsweg für die Frage, ob eine Forderung wegen ihrer privatrechtlichen Natur der Beitreibung im Verwaltungszwangsverfahren nach der preuß. Verordnung v. 15. 11. 1899 nicht unterliege.

3. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 695: Der Rechtsweg ist unzulässig, wenn das gerichtliche Eingreifen gegen ein auf Grund des § 2 der preuß. Verordnung vom 15. 11. 1899 eingeleitetes Verwaltungs-Zwangsvollstreckungsverfahren gefordert wird.

IV. Grenzen der Prüfungspflicht des erkennenden Gerichts.

1. Württemb. VerwGerH., Fischers Z. **26** 69: Die Frage, ob die rechtliche Wirksamkeit einer öffentlich-rechtlichen Forderung durch das Bestehen einer Gegenforderung gehemmt wird, kann von dem Verwaltungsgerichte entschieden werden, wenn für die Würdigung dieser Frage eine Norm des öffentlichen Rechtes maßgebend ist.

2. OLG. Dresden, Fischers Z. **27** 127: Hängt die Zulässigkeit des Rechtswegs davon ab, daß eine bestimmte Art der Rechtsverletzung behauptet wird, so hat die Erörterung darüber, ob im gegebenen Falle eine derartige Rechtsverletzung tatsächlich vorliege, bei den ordentlichen Gerichten zu erfolgen.

3. KG., DJZ. **03** 370: Ist der Rechtsweg zulässig, so muß das ordentliche Gericht über alle Fragen befinden, deren Beantwortung erforderlich ist, um in der Sache selbst entscheiden zu können, gleichgültig, ob dabei öffentliches Recht anzuwenden ist oder nicht. Es hat daher auch ohne präjudizielle Vorentscheidung der Verwaltungsbehörde über die Unterstützungspflicht des aus ungerechtfertigter Bereicherung in Anspruch genommenen Ortsarmenverbandes zu entscheiden.

V. Vorbescheid.

1. **RG.** FrankfRdsch. **04** 14: Ist der Rechtsweg nur nach abweichendem Vorbescheide einer Verwaltungsbehörde zulässig, so begründet auch eine nach Klagerhebung während der ersten Instanz beigebrachte Entscheidung die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte.

2. **RG.** FrankfRdsch. **04** 14: Ist für die Erhebung der Klage im ordentlichen Verfahren eine Frist bestimmt, die mit der Zustellung des abweichenden Vorbescheides einer Verwaltungsbehörde beginnt, so kann die Klage auch vor jener Zustellung erhoben werden.

VI. Einzelfragen.

Eine amtliche Zusammenstellung derjenigen Beschränkungen des Rechtswegs, welche nach dem Landesrechte für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten über Materien des BGB. bestehen, gibt die vom Reichsjustizamt am 9. März 1903 dem Reichstage vorgelegte Drucksache Nr. 895 der II. Session 1903. (Vgl. auch Simeon, DJZ. **03** 266.

Eine Zusammenstellung der Judikatur des RG. bis 1902 bringt W. Peters „Die ZPO." 569—583.

A. Kirche.

1. **RG.** JW. **03** 174: Zulässig ist der Rechtsweg zur Geltendmachung der Freiheit von kirchlichen Abgaben auf Grund der Behauptung, Kläger gehöre der Kirchengemeinde überhaupt nicht an.

2. Preuß. GH. z. E. v. KompKonfl., DJZ. **03** 480: Unzulässig ist der Rechtsweg für die Klage auf Benutzung eines konfessionellen Kirchhofs. Denn wenn Korporationen des öffentlichen Rechtes Gegenstände des Korporationsvermögens zur Benutzung für die Mitglieder bereit halten, so steht das Recht auf Benutzung nicht dem Einzelnen als Individualrecht zu, sondern ist ein Ausfluß seines Verhältnisses zur Allgemeinheit. Abw. **RG. 12** 280, Gruchots Beitr. **46** 1134.

3. **RG. 56** 25, SeuffA. **59** 385: Das Recht, mit Glocken zu läuten, ist den Kirchen zum allgemeinen Wohle ihrer Angehörigen und damit zugleich zum Wohle des Gesamtstaates eingeräumt. Zu seiner örtlichen oder zeitlichen Beschränkung sind nur die zur Überwachung und Handhabung des öffentlichen Rechtes bestellten Behörden berufen. Eine Klage auf Unterlassung kann daher bei den ordentlichen Gerichten nicht zugelassen werden.

4. S. § 13 Nr. III A 3.

5. OLG. Köln, RheinARV. **04** 26: Die Zulässigkeit des Rechtswegs für einen Anspruch auf eine Glockenfruchtabgabe folgt nicht schon daraus, daß diese eine kirchliche und keine Kommunalabgabe ist. Der Rechtsweg ist vielmehr auch bei jenen in demselben Umfange wie bei diesen ausgeschlossen, wenn sie auf einer von der aufsichtführenden Regierung in Gemäßheit gesetzlicher Bestimmungen angeordneten oder für exekutorisch erklärten Auflage beruhen.

B. Schulangelegenheiten.

1. **RG. 53** 183, RheinA. **99** Abt. 2 100: Der Rechtsweg ist unzulässig für die Ansprüche auf Befreiung vom Schulgelde an städtischen höheren Schulen in Preußen und auf Rückgewähr gezahlten Schulgeldes dieser Art, soweit die Zeit nach dem Inkrafttreten des Kommunalabgabengesetzes vom 14. Juli 1893 in Betracht kommt (s. N. 2).

2. **RG. 53** 318, RheinA. **99** Abt. 2 100: Der Rechtsweg ist zulässig für den Anspruch auf Rückgewähr von bezahltem Schulgeld an städtischen höheren Schulen in Preußen, soweit die Zeit vor dem Inkrafttreten des Kommunalabgabengesetzes vom 14. Juli 1893 in Betracht kommt (s. N. 1).

3. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 650, JW. **04** 213: Eine Rechtsstreitigkeit über die Nichtverpflichtung zur Zahlung von Schulgeld für öffentliche Gemeindeschulen betrifft einen Anspruch auf „Gebühren" im Sinne des § 4 Preuß. Kommunalabgabengesetzes vom 14. Juli 1893, rücksichtlich deren gemäß §§ 69, 70 a. a. O. der Rechtsweg ausgeschlossen ist.

4. LG. Königsberg, PosMschr. **03** 46: Zulässig ist der Rechtsweg für Ansprüche öffentlicher Schul- und Erziehungsanstalten auf Schul- und Pensionsgeld.

5. Preuß. GH. z. E. v. KompKonfl., Volksschularchiv **3** 218: Ist (im Gebiete des Pr. Ges. vom 3. März 1897 betr. das Diensteinkommen der Lehrer und Lehrerinnen an öffentlichen Volksschulen) ein Lehrer infolge seiner Bewerbung in eine neue Stelle berufen worden, so ist der Anspruch auf Erstattung der Umzugskosten ein vermögensrechtlicher Anspruch aus dem Dienstverhältnisse, über den der Rechtsweg (nur) nach erfolgloser Nachsuchung der Entscheidung des Oberpräsidenten zulässig ist.

6. BayObLG. R. **04** 454: Zur Entscheidung darüber, ob ein Dritter infolge einer privatrechtlichen Verpflichtung für den Bedarf einer deutschen Schule als Gemeindeanstalt aufzukommen hat, sind die Gerichte zuständig.

C. Beamtenangelegenheiten.

1. **RG. 51** 327: Von einem Polizeibeamten, der im Geltungsbereiche des preußischen Gesetzes vom 11. Mai 1842 über die Zulässigkeit des Rechtswegs jemanden zur Vornahme einer bestimmten Maßregel aufgefordert hat, und da

dann nicht Folge geleistet wurde, selbst die Maßregel hat ausführen lassen, aber in einem weiteren Umfange, kann im ordentlichen Rechtswege Schadensersatz nicht gefordert werden, bevor die Anordnung des Polizeibeamten von der zuständigen Behörde für gesetzwidrig oder unzulässig erklärt ist.

2. **RG. 53** 170, JW. **03** 45: Ein privatrechtlich Dienstverpflichteter kann bei der Rechtsnachfolge einer Person des öffentlichen Rechtes auf den bisherigen Dienstberechtigten nicht ohne seine freie Entschließung öffentlicher Beamter werden.

3. **RG.**, HansGerZ. **03** Beibl. 249: Der Anspruch eines Beamten auf Beförderung ohne vorherige Ablegung der von der vorgesetzten Behörde erforderten Prüfung ist kein privatrechtlicher und daher nicht vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen.

D. Wegeangelegenheiten.

1. VerwGerH. Karlsruhe, BadRpr. **03** 89: Die Übernahme der Verpflichtung zur Tragung der Straßenanlage- 2c.-Kosten durch den Ersteher eines Hauses in der Zwangsversteigerung ist ein privatrechtlicher Vertrag (zugunsten Dritter), aus dem die Stadtgemeinde vor den ordentlichen Gerichten zu klagen hat.

2. **RG.** Gruchots Beitr. **44** 1134 u. **47** 1198: Die ordentlichen Gerichte sind nicht befugt, über die Öffentlichkeit eines Weges im Gebiete des Preuß. Ges. vom 1. August 1883 im Tenor des Urteils zu befinden, doch darf die Entscheidung über diese Frage als Urteilselement für ein beanspruchtes Privatrecht in den Gründen getroffen werden.

3. **RG.** RheinA. **04** Abt. 2 144: Solange ein Weg nicht endgültig für öffentlich erklärt ist, steht der Schutz des Eigentums gegen Störungen ausschließlich dem ordentlichen Richter zu, der hierbei auch die Frage entscheidet, ob der Weg öffentlich sei. Sobald jedoch der Weg endgültig für öffentlich erklärt ist, hört die richterliche Machtbefugnis auf, soweit es sich um die Benutzung des Weges zum öffentlichen Verkehr handelt.

4. S. § 13 V Nr. 3.

E. Verschiedene Angelegenheiten.

1. **RG. 52** 158: Der Rechtsweg über die Frage, ob einem Gewerbetreibenden der Eingangszoll auf Grund des § 7 Ziff. 3 des Ges., betr. die Abänderung des Zolltarifgesetzes nach Maßgabe eines von den Zollbehörden festzusetzenden Ausbeuteverhältnisses zu erstatten ist, ist nach Reichsrecht — und, wie das OLG. Hamburg in derselben Sache entschieden hatte, auch nach hamburgischem Rechte — nicht ausgeschlossen.

2. *Friedrichs, Kommentar zum Zuständigkeitsges. 187 u. 194: Die Rechte der Fischereiberechtigten aus dem Fischereiges. v. 30. 5. 74 und die daraus hervorgehenden Ansprüche unterliegen der Entscheidung im ordentlichen Rechtswege. Dasselbe gilt von Jagdangelegenheiten, soweit nicht durch besondere Vorschrift die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte begründet ist.

3. **RG. 51** 235: Der ordentliche Rechtsweg ist ohne vorherigen Bescheid des Strandamts zulässig in Rettungsfällen, die mit den deutschen Küsten in keiner räumlichen Beziehung stehen.

4. **RG. 51** 336: In Auseinandersetzungssachen ist der Rechtsweg zulässig, sobald und insoweit der unter Mitwirkung der Generalkommission geschlossene Rezeß einmal ausgeführt war. Dahingestellt — aber anscheinend verneint — wird die Zulässigkeit des Rechtswegs für den besonderen Fall, daß den Separationsinteressenten zur Verwaltung ihrer gemeinsamen Angelegenheiten der Gemeindevorstand bestellt ist.

5. RG. SeuffA. 59 305: Der Rechtsweg beim Streit über das Recht eines unehelichen Nachkommen zur Führung eines adligen Familiennamens ist zulässig, da der adlige Name vom Privatrecht (§ 12 BGB.) ebenso geschützt wird wie der bürgerliche.

6. RG. Gruchots Beitr. 47 1100: Es widerspräche der öffentlichen Ordnung und dem in der deutschen ZPO. zum Ausdrucke kommenden Rechtssysteme, wenn über das Bestehen oder Nichtbestehen des von einer Partei erworbenen Rechtes auf die Mitgliedschaft zu dem die andere Partei bildenden Vereine (erlaubte Privatgesellschaft nach ALR.) lediglich von der anderen Partei selbst durch einen gewissermaßen schiedsrichterlichen Ausschuß seiner Generalversammlung entschieden werden dürfte.

7. RG. 55 152: Hat eine Aufsichtsbehörde, die wie die preußischen Eisenbahndirektionen (bahn)polizeiliche Gewalt besitzt, auf dem Gebiete der (Bahn-) Polizei selbsthandelnd eingegriffen, so ist die Frage nach den Voraussetzungen für das eigene Handeln — d. h. die Frage der Gesetzmäßigkeit der erlassenen Verfügung — gemäß § 1 des Ges. v. 11. 5. 42 im ordentlichen Rechtswege nicht nachprüfbar.

8. LG. Magdeburg, NaumbAK. 03 99: Für die Erlangung eines berichtigten Zeugnisses des Gesindes von der Herrschaft ist im Gebiete der Pr. Gesindeordnung der Rechtsweg zulässig.

9. SächsOLG. 25 422: Zulässig ist der Rechtsweg für Klagen gegen eine Invalidenpensionskasse auf Zubilligung einer statutarischen, die gesetzliche Grenze übersteigenden Zusatzrente.

10. LG. Oels und LG. Breslau, BreslAK. 04 41: Fordert (im Gebiete des pr. KommunalabgabenGes. v. 14. Juli 1893) der Verkäufer die nach Aufforderung der Gemeinde bezahlte ortsstatutarische Umsatzsteuer von dem Käufer zur Hälfte zurück, so hält LG. Oels den Rechtsweg für zulässig, LG. Breslau ihn für unzulässig. Jenes erachtet die Ausgleichungspflicht zwischen Käufer und Verkäufer für ein lediglich privatrechtliches Verhältnis; dieses meint, daß sich der Streit um eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Entrichtung der Steuer drehe. — Die Red. der oben genannten Zeitschrift hält die Entscheidung des LG. Oels für die zweifellos richtigere.

11. RG. PucheltsZ. 35 18: Ein Schadensersatzanspruch gegen eine Stadtverwaltung wegen schuldhafter Versäumung einer Amtspflicht seitens ihres zuständigen Organs in Ausübung einer der Verwaltungsbehörde übertragenen polizeilichen Funktion ist nicht auf §§ 31, 89 BGB. zu stützen und daher im ordentlichen Rechtswege nicht zu verfolgen.

12. RG. 51 316: Der ordentliche Rechtsweg ist für die Geltendmachung der Teilnahmeberechtigung am sogenannten Bürgervermögen zulässig, falls über den Umfang gestritten wird, und man sich klägerischerseits auf einen zwischen den nutzungsberechtigten Bürgern und der Kämmereikasse geschlossenen, in den Separationsrezeß aufgenommenen Vergleich beruft; denn es ist in diesem Falle zweifelhaft, ob es sich um auf privatrechtlicher Grundlage beruhende Ansprüche handelt oder nicht. Vgl. JDR. 1 § 13 Nr. 2 GVG.

§ 14. 1. *Weismann 31: Über ihre Zuständigkeit entscheiden die besonderen Gerichte mit der gleichen Wirksamkeit wie die ordentlichen.

2. OLG. Karlsruhe, BadRpr. 03 29: Ziff. 1 schließt die Prorogation auf die ordentlichen Gerichte nicht aus, vgl. RG. JW. 82 182, Planck ZPO. 1 29, Landgraf, Binnenschiffahrtges. (2) 58.

3. Ziff. 3. AG. Pforzheim, BadAnn. 70 3: Klagen gemäß § 771 ZPO. können den Gemeindegerichten landesgesetzlich zugewiesen werden.

Dritter Titel. Amtsgerichte.

§ 23. 1. OLG. **7** 416 (Breslau), 417 (Hamburg): Die Klage des Kindes gegen den natürlichen Vater, der hinterher die uneheliche Mutter geheiratet hat, auf Anerkennung der Vaterschaft und auf Feststellung des Vater- und Kindesverhältnisses zwischen den Parteien ist kein Anspruch aus außerehelichem Beischlafe, sondern eine Statusklage, für welche nach § 70 das Landgericht zuständig ist.

2. OLG. Posen, PosMschr. **03** 26: Der Anspruch auf Aufhebung der Gütergemeinschaft hat mit den familienrechtlichen Verhältnissen der Ehegatten nichts zu tun, das Landgericht ist daher für ihn ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes nicht zuständig.

3. Ziff. 2. Abs. 3. LG. Frankfurt a./M., FrankfRundsch. **04** 126: Die Vorschrift setzt voraus, daß sich der Reisende bei Erhebung der Klage noch auf der Reise befindet.

4. Ziff. 2. Abs. 6. a) OLG. Köln, Puchelts Z. **35** 287 u. RheinA. **04** Abt. 1 176: § 23 Ziff. 2 Abs. 6 betrifft die Ansprüche auf Ersatz der Entbindungs- und 6 Wochen- sowie der Beerdigungskosten des unehelichen Kindes; nicht jedoch den Schadensersatzanspruch aus § 1300 BGB.

b) OLG. Dresden, SächsOLG. **24** 147 u. SeuffA. **58** 414: Ansprüche aus § 1300 BGB. fallen nicht unter § 23 Nr. 2.

Fünfter Titel. Landgerichte.

§ 62. 1. Rechtsnatur des Geschäftsverteilungsplans.

RG. Straff., JW. **03** 358: Der Geschäftsverteilungsplan ist keine Rechtsnorm, seine Verletzung keine Gesetzesverletzung.

2. S. Bem. zu § 119.

§ 63. RG. (Straff.), JW. **04** 246: § 63 ist keine bloße Ordnungsvorschrift, sondern unbedingt wesentlich für den rechtlichen Bestand der richterlichen Tätigkeit (s. auch zu § 203).

§ 66. RG. (Straff.), DJZ. **03** 178: Enthält die „Ferienordnung“ keine Bestimmungen über die Vertretung der Richter, so findet § 66 GVG. im Behinderungsfalle eines Richters Anwendung und es braucht die Vertretung nicht durch den Richter zu erfolgen, der nach dem (während der Ferien außer Kraft befindlichen!) Geschäftsplan dazu bestimmt ist.

§ 69. 1. *Gumbinner, DJZ. **03** 717, weist nach, daß einzelne Gerichte bis zu einem Drittel mit Hilfsrichtern besetzt sind, und daß es Strafkammern gibt, in denen die Assessoren die Majorität bilden. Dies widerstreite zwar nicht dem Wortlaut des Gesetzes, wie auch das RG. erkannt habe, sei aber zu mißbilligen. Es müsse auch der Schein vermieden werden, als ob die Verwaltung durch Anstellung von Hilfsrichtern Einfluß auf die Rechtsprechung gewinnen wolle. Diese leide auch durch die bei zahlreicher Verwendung von Hilfsrichtern unvermeidliche Häufigkeit des Wechsels in der Besetzung der einzelnen Kammern und Senate. Schließlich fordere der Geist des Gesetzes, daß sich unter der zur ausreichenden Besetzung der Gerichte erforderlichen Zahl von Mitgliedern keine Hilfsrichter befinden, sondern diese nur in Fällen außerordentlicher Behinderung eines Mitgliedes herangezogen werden (vgl. dagegen Bem. zu § 119). Die Geldfrage dürfe hier keine ausschlaggebende Rolle spielen.

2. **RG** (Straff.) **36** 379, JW. **04** 21: Zu den „Mitgliedern des Landgerichts“, die im Falle der Verhinderung des regelmäßigen Vertreters eines Mitgliedes als zeitweilige Vertreter zu bestimmen sind, gehören auch der Präsident und die Direktoren des Landgerichts. Zwar kann dadurch (vgl. § 65 I) der Fall eintreten, daß der Präsident unter dem Vorsitz eines (einfachen) Mitgliedes

als beisitzender Richter mitzuwirken hat. Doch ist dieser Übelstand geringer als die Mitwirkung eines Nichtmitglieds an der Rechtsprechung des Gerichts.

§ 70. 1. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 1086: § 70 GVG. bezieht sich nur auf die sachliche →→ nicht wie ein Druckfehler am oben a. O. sagt „örtliche". Red. ←← Zuständigkeit.

2. **RG.** SächsA. **14** 220, HansGerZ. **04** Beil. 195: Abs. 3 bezieht sich nicht auf Ansprüche gegen den Staat als Fiskus, d. h. als rein privatrechtliche Person, wie sie nach § 823 BGB. entstehen können, sondern auf Ansprüche gegen den Staat wegen Schäden, die Staatsbeamte bei Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügt haben und die jetzt unter die Bestimmungen des Art. 77 EGBGB. fallen (vgl. **RG. 29** 421 ff., **40** 399 ff., **50** 397 ff.).

Siebenter Titel. Kammer für Handelssachen.

§ 100. Eine Notiz über die (wachsende!) Zahl der Kammern für Handelssachen s. in Holdheims MSchr. **03** 309.

§ 106. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 323: Bei dem Antrag auf Verweisung einer Sache von der Kammer für Handelssachen an die Zivilkammer und umgekehrt handelt es sich nicht um prozeßhindernde Einreden.

Achter Titel. Oberlandesgerichte.

§ 119. **RG.** JW. **04** 411: Ist ein während des Geschäftsjahrs neu gebildeter Senat eines Oberlandesgerichts von vornherein mit Hilfsrichtern besetzt, so sind diese zwar als Mitglieder, nicht aber als ständige Mitglieder des Senats anzusehen. Mitglied eines Senats ist ein Hilfsrichter aber stets. Der Senat war daher nicht vorschriftswidrig besetzt (vgl. aber § 69 Nr. 1).

Dreizehnter Titel. Rechtshilfe.

§ 157. I. Begriff der Rechtshilfe.

1. OLG. **8** 1, PosMschr. **03** 96 (Königsberg): Gegenstand des Rechtshilfeersuchens kann nur eine Handlung sein, deren Vornahme an einen außerhalb des Gerichtsbezirks gelegenen Ort geknüpft ist. Nicht dagegen Entscheidungen wie die Auswahl einer Person zum Pfleger.

2. OLG. Colmar, R. **04** 634: Das Ersuchen eines AG., bei dem eine unvollständige Klage eingereicht worden ist, an das AG. des Wohnorts des Klägers, es möge die Gerichtsschreiberei anweisen, von ihm eine gehörige Klage zu Protokoll aufzunehmen, kann abgelehnt werden. Denn die Bestimmungen des GVG. über Rechtshilfe betreffen, abgesehen von dem — die Regel bestätigenden — Ausnahmefall des § 162 nicht eine von der Gerichtsschreiberei zu leistende Rechtshilfe.

3. OLG. Colmar, R. **03** 161: Auskunftserteilung an auswärtige Behörden über inländisches Recht fällt nicht unter den Begriff der Rechtshilfe. Die Verpflichtung zu solcher Auskunft ist nach Landesrecht zu beurteilen und ist z. B. in Elsaß-Lothringen im Wege der Dienstaufsicht geregelt.

4. OLG. **9** 147 (Augsburg): Rechtshilfe liegt nur vor, wenn das ersuchte Gericht anstelle des ersuchenden eine nach den Vorschriften der Prozeßordnungen erforderliche richterliche Amtshandlung betätigen soll. Hierzu gehört nicht Mitteilung von Akten zur Einsichtnahme durch das Konkursgericht oder den Konkursverwalter (s. zu § 169).

II. In welchen Sachen ist Rechtshilfe zu leisten?

1. OLG. Karlsruhe, BadAnn. **03** 158: Die Vorschriften des dreizehnten Titels finden nur in Sachen der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit Anwendung, sofern nicht eine anderweitige Anordnung durch Landesgesetz bestimmt ist;

dagegen sind sie unanwendbar auf Ersuchen des RVersA., der Schiedsgerichte auf Grund des UnfVG., des GewUnfG. oder des InvVG., wie überhaupt auf die streitige Gerichtsbarkeit der besonderen Gerichte, die gesamte nichtstreitige Gerichtsbarkeit und die Justizverwaltung, es sei denn, daß es sich um Sachen handelt, für welche besondere Gerichte zugelassen sind, die Gerichtsbarkeit jedoch den ordentlichen Gerichten übertragen ist.

Der entgegengesetzten Ansicht LG. Karlsruhe auf Grund des § 144 GewUnfVG. unter Berufung auf OLG. Frankfurt, R. **02** 535, OLG. Breslau, Amtl. Nachr. d. RVersA. **02** 552, Gaupp-Stein I 15 und Laband II § 82.

2. HansOLG., HansGerZ. **04** Beibl. 28: Auf die nach § 144 GewU. VersG. zu leistende Rechtshilfe finden die §§ 158 ff. keine Anwendung.

3. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **29** 24: Auch vor Einleitung des Entmündigungsverfahrens kann um Rechtshilfe ersucht werden.

4. **RG.** JW. **04** 386: In Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist Rechtshilfe nur insoweit zu leisten, als diese Sachen den Gerichten durch Reichsgesetz übertragen sind. Dies ist bezüglich der Aufnahme vollstreckbarer Urkunden nicht der Fall.

5. Im übrigen s. über Rechtshilfe in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Zusammenstellung der Literatur und Judikatur von Josef, R. **04** 57 und IDR. **3** zu FrGG.

III. Wann ist Rechtshilfe zu leisten?

1. LG. Kolmar, ElsLothrJZ. **29** 496: Die verschiedenen Abteilungen eines Amtsgerichts stehen einander als selbständige Behörden derart gegenüber, daß eine Abteilung gegen die andere wegen Abweisung eines auf Übernahme einer Amtshandlung gerichteten Ersuchens Beschwerde erheben kann.

2. OLG. **6** 494 (Colmar): Die Erstreckung der Verpflichtung zur Rechtshilfe auf die Ersuchen der Vorstände der Berufsgenossenschaften bezieht sich nicht auf deren Ersuchen um eidliche Vernehmung von Zeugen.

3. S. Nr. II 2.

§ 158. S. § 159 Nr. I 1.

§ 159. I. Verbot der Ablehnung.

1. HansOLG., HansGerZ. **04** Beibl. 184: Das ersuchte Gericht darf die Anordnung des ersuchenden Gerichts nicht auf ihre Zweckmäßigkeit oder zivilprozessuale Richtigkeit nachprüfen. (Ebenso Loewe Anm. 3 b a. a. O.).

2. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 1, OLG. Kolmar, R. **03** 108: Das Ersuchen um Vernehmung eines Zeugen darf nicht deshalb abgelehnt werden, weil der Zeuge nicht im Bezirke des ersuchten Gerichts wohnt. (§ 158 GVG.).

3. OLG. **7** 337 (Colmar): Nach Verzicht des berufenen Erben auf die Erbschaft ist das um Herbeiführung einer Erklärung über die Erbschaftsannahme oder Ablehnung des zunächst berufenen Erben ersuchte Gericht nicht berechtigt, das Ersuchen aus dem Grunde abzulehnen, weil der Verzicht des Erstberufenen ungültig ist.

4. OLG. **9** 440 (Colmar): Das ersuchte Gericht hat die Zulässigkeit der Behandlung einer Sache als Feriensache nicht zu prüfen.

5. OLG. **9** 440 (Hamburg): Obwohl die Bundesstaaten vereinbart haben (vgl. Pr. JMBl. **04** 255), daß die Gerichte sich mit einem in einem anderen Bundesstaate wohnenden Sachverständigen unmittelbar in Verbindung setzen und ein auf Vernehmung desselben gerichtetes Ersuchen an das betreffende AG. nur da erlassen sollen, wo besondere Umstände die mündliche Abgabe oder eine mündliche Erläuterung des Gutachtens erheischen, befugt § 159 Abs. 2 das um Vernehmung des in seinem Bezirke wohnenden Sachverständigen ersuchte

Gericht nicht, von dem Ersuchen um Vernehmung des Sachverständigen abzuweichen.

6. OLG. **8** 1, HansGerZ. **04** Beibl. 24; OLG. **6** 494 (Stuttgart): Ein Gesuch darf nicht mit der Begründung abgelehnt werden, daß dem ersuchenden Gerichte die Zuständigkeit gefehlt habe.

7. OLG. **6** 496 (Jena): Das ersuchende Gericht konnte den H. selbst hören, war aber nicht gehindert, den Weg der Rechtshilfe einzuschlagen.

8. *Koerner, DJZ. **03** 596: Das Ersuchen eines nahen Gerichts um Zeugenvernehmung wegen weiter Entfernung vom Gerichtssitze kann nicht mit der Begründung abgelehnt werden, daß die Entfernung in Wahrheit gering ist. Es wird jedoch der Grundsatz der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit verletzt, was sich gegebenenfalls im Wege der Revision stets aber mittels Beschwerde im Aufsichtswege geltend machen läßt.

9. Einen abweichenden Standpunkt scheint das OLG. Rostock einzunehmen:

a) OLG. **6** 496: Für den einem deutschen Bundesstaate angehörigen Antragsteller hat das Prozeßgericht eines anderen deutschen Bundesstaates sowohl in Sachen der streitigen, wie in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit selbst zu bescheiden. Ein Ersuchen an ein Amtsgericht des Heimatstaates des Antragstellers um Bekanntmachung des Bescheides ist überflüssig und daher (?) unstatthaft. Dasselbe gilt von Rechtsbelehrungen, die sich tatsächlich als Gründe eines Bescheides charakterisieren.

b) OLG. **8** 2: Ein Ersuchen um Vernehmung eines Rechtsanwalts gehört nicht unter den Begriff der Rechtshilfe, wenn das ersuchende Gericht kraft der ihm zustehenden Gerichtsgewalt in der Lage ist, die von dem Rechtsanwalt begehrte Erklärung durch seine einseitige schriftliche Aufforderung an den Anwalt herbeizuführen.

10. S. auch II 2.

II. Verbotene Handlungen.

1. OLG. Naumburg, R. **03** 316: Da die Vernehmung des Antragstellers als Zeugen im Aufgebotsverfahren unzulässig ist, ist ein darauf gerichtetes Ersuchen abzulehnen. S. dagegen u. Ziff. III 1.

2. OLG. **6** 498 (Dresden): Da das Grundbuchamt nicht aus eigener Machtvollkommenheit und im eigenen Namen zur Beseitigung eines einer Eintragung entgegenstehenden Hindernisses tätig werden darf, ist ein in Ausübung dieser Tätigkeit ergangenes Ersuchen um Rechtshilfe unzulässig.

III. Nicht verbotene Handlungen.

1. OLG. Posen, PosMschr. **03** 26: Wenn auch die Beeidigung eines Zeugen nach § 65 Abs. 1 u. 3 StPO. im vorbereitenden Verfahren unzulässig ist, so ist sie doch keine im Bezirke des Amtsgerichts verbotene Handlung. S. dagegen II, 1.

2. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **03** 274: Die Unterlassung der nach § 652 ZPO. erforderlichen Benachrichtigung ist kein Ablehnungsgrund.

3. OLG. **6** 494 (Stuttgart): Das amtliche Vorgehen des Gerichts behufs Feststellung der Vaterschaft und Regelung der Unterhaltsansprüche des unehelichen Kindes ist nach dem geltenden Rechte „nicht verboten". Vgl. OLG. **3** 393, **4** 220 u. MecklZ. **20** 277.

4. OLG. **6** 496 (Jena): Obwohl Zwangsmaßregeln gegen andere Personen als den gesetzlichen Vertreter des Kindes zur Sicherung des Kindesvermögens unzulässig sein mögen, so ist die Befragung eines Schuldners des Vaters, ob er die Schuld statt an diesen an das Vormundschaftsgericht aushändigen wolle, keine verbotene Amtshandlung.

§ 160. 1. OLG. 8 2 (Hamburg): Die bei Ablehnung des Ersuchens gegebene Beschwerde ist auch dann gegeben, wenn hinsichtlich der Kosten für die Ausführung Streit entsteht. (Unter Berufung auf RG. Reichsanzeiger **93** 220.)

2. OLG. **9** 440 (Hamburg): Jede dem Ersuchen nicht völlig entsprechende Ausführung ist, wenn über die Art der Ausführung Streit entsteht, als teilweise Ablehnung anzusehen. (Unter Berufung auf Mot. zu § 160 und RG. Strafs. **24** 2.)

§ 165. Abs. 3. 1. OLG. Hamburg, SeuffA. **59** 372: Bei Einziehung der Kosten vom Zahlungspflichtigen hat die ersuchende Behörde die von dem ersuchten Gericht aufgegebenen Kostenansätze nicht von Amts wegen zu prüfen. Dies ist vielmehr Sache der Partei.

2. OLG. 8 369 (Hamburg): Die ersuchende Behörde bzw. die ihr vorgesetzte Instanz kann nicht von Amts wegen, sondern nur auf eingelegte Erinnerung der zahlungspflichtigen Partei prüfen und entscheiden, ob die von der ersuchten Behörde aufgegebenen Kosten der Rechtshilfe richtig angegeben sind.

3. OLG. **8** 2 (Hamburg u. Rostock): Eine zahlungspflichtige Partei im Sinne des Abs. 3 ist nicht vorhanden, wenn durch die Benachrichtigung der Partei von dem Termine des ersuchten Gerichts Kosten entstanden sind. (Vgl. Rittmann zu § 80a GKG. II 4 393, Pfafferoth 278.) Anders hinsichtlich der Schreibgebühren für die Ladung der Zeugen (vgl. RG. **6** 354).

§ 169. OLG. **9** 147 (Augsburg): Die Vorschrift besagt nicht, daß die Mitteilung von Akten unter den Begriff der Rechtshilfe falle (vgl. § 157 Nr. I, 4), sondern nur, daß in solchen Fällen, in denen eine Verpflichtung zur Aktenmitteilung besteht, es keinen Unterschied machen soll, ob das ersuchende Gericht und die ersuchte Behörde demselben oder verschiedenen Bundesstaaten angehören.

Vierzehnter Titel. Öffentlichkeit und Sitzungspolizei.

§ 170. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 19: § 170 bezieht sich nicht auf das Verfahren vor dem ersuchten oder dem beauftragten Richter.

§ 172. Abs. 1. OLG. Karlsruhe, PuceltsZ. **35** 473 und RG. Gruchots Beitr. **48** 642 und JW. **04** 209: Die Vorschrift ist zwingend. Ihre Befolgung ist unverzichtbar und gehört zu den für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten im Sinne des § 164 ZPO.

§ 173. 1. RG. R. **04** 145: Die von einem Landgerichtspräsidenten getroffene Anordnung, daß nur den mit besonderen Erlaubniskarten versehenen Personen der Eintritt in den Saal für Strafkammerverhandlungen gestattet werden kann, verstößt nicht gegen das Prinzip der Öffentlichkeit.

2. RG. R. **03** 23: Zur Wiederherstellung der Öffentlichkeit bedarf es wenigstens dann keines besonderen Beschlusses, wenn die Ausschließung der Öffentlichkeit von vornherein nur für einen bestimmten Teil der Hauptverhandlung durch Gerichtsbeschluß angeordnet war.

3. de lege ferenda. Becker, DJZ. **03** 557, empfiehlt Ausdehnung der Sondervorschriften der §§ 173, 174 insbesondere im Falle der Zustimmung aller Prozeßbeteiligter.

§ 174. RG. (Strafs.) JW. **04** 273: Die öffentliche Verkündung des Urteils gehört zu den wesentlichen Förmlichkeiten.

§§ 178 ff. I. Verfahren.

1. AG. Colmar, ElsLothrJZ. **03** 59: Es ist nicht stets erforderlich, vor der Verhängung einer Ordnungsstrafe dem Betroffenen rechtliches Gehör zu gewähren.

2. OLG. Darmstadt, HessRspr. 5 28: Sind die Voraussetzungen einer Bestrafung wegen Ungebühr aus den Akten nicht ersichtlich, so ist eine nachträgliche Erörterung des Sachverhalts vor dem Beschwerdegericht unzulässig.

3. OLG. Darmstadt, HessRspr. 5 98: Die Protokollierung kann nicht durch einen vom Richter allein abgefaßten Beschluß und einen nach Wochenfrist von dem diensthabenden Gerichtsschreiber erstatteten, dem Sitzungsprotokolle beigelegten Bericht ersetzt werden.

4. OLG. Jena, ThürBl. 50 206: Die im § 179 geregelte Ahndung einer Ungebühr ist nicht Bestandteil des Prozeßverfahrens und richtet sich nicht gegen die Prozeßpartei als solche. Zu einer Beschwerde gegen sie ist der Anwalt kraft einer Prozeßvollmacht noch nicht ermächtigt.

II. Ungebühr. a) Unterhaltung während der Sitzung.

1. OLG. Celle, R. 03 36: In einer trotz Abmahnung des Vorsitzenden fortgesetzten Unterhaltung des Verteidigers mit dem Angeklagten während der Hauptverhandlung liegt eine Ungebühr. § 148 StPO. rechtfertigt das Verhalten des Verteidigers nicht. Auch § 137 StPO. gibt ihm das Recht zu einer Unterhaltung während der Hauptverhandlung nur, soweit der Vorsitzende dadurch nicht gestört wird. Im Bedürfnisfalle hat der Verteidiger Unterbrechung der Verhandlung zu beantragen.

2. Dagegen *Hoppe, DJZ. 03 89: Daß dem Verteidiger im allgemeinen das Recht zusteht, auch während der Verhandlung mit dem Angeklagten leise zu sprechen, ist (bis auf einen Beschluß des Schöffengerichts Hannover) in Judikatur und Praxis nicht bestritten. Während aber das OLG. Celle den Standpunkt vertritt, daß der Verteidiger sich dann strafbar mache, wenn seine Unterhaltung vom Vorsitzenden als Störung empfunden werde, führt Verfasser unter Berufung auf Loewe Anm. 2 zu § 176 und Isenbart-Samter Anm. 180 zu § 179 aus, daß Ungebühr nur ein Verhalten ist, das objektiv mit der äußerlichen Ordnung der sich abspielenden Gerichtsverhandlung unverträglich ist.

3. Dazu Schneider, DJZ. 03 197: Auch eine leise geführte Unterhaltung stört die Würde der Verhandlung und ist daher Ungebühr. Auch ein zwischen einzelnen Mitgliedern des Gerichts leise geführtes Gespräch während einer Zeugenvernehmung, eines Plaidoyers ꝛc. ist im Wege der Sitzungspolizei zu ahnden.

b) Weigerung vor Gericht deutsch zu sprechen.

1. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. 03 83: Die Weigerung ist nur dann eine Ungebühr, wenn sie aus Widersetzlichkeit und Mißachtung der gesetzlichen Sprachenverordnung erfolgt.

2. OLG. Posen, PosMschr. 03 26: Die Strafbarkeit erfordert objektiv die Feststellung ausreichender Beherrschung der deutschen Sprache zu zusammenhängender Darstellung und subjektiv die Feststellung, daß die gegenteilige Angabe wider besseres Wissen erfolgt sei. Der tatsächlich der deutschen Sprache nicht ausreichend fähige Zeuge darf zu einem Versuche nicht angehalten werden

3. Bartolomäus, DJZ. 03 244: Eine Ungebühr setzt ein Verhalten voraus, das das Gericht durch Strafen zu verhindern vermag; denn das Gericht gibt dem Richter das Recht, die Ungebühr zu strafen, damit sie aufhöre. Die Weigerung ist daher niemals strafbar.

4. Dagegen Koffka, DJZ. 03 266: Die Bestrafung der Ungebühr ist auch zulässig, wenn sie die Ungebühr nicht verhindert, z. B. wenn ein Trunkener vor Gericht erscheint. Die von Bartolomäus aufgeworfene Frage ist daher, wenn der Weigerer Deutsch kann, zu bejahen. Dies sogar dann, wenn, wie § 2244 BGB. vorschreibt, ein Dolmetscher zuzuziehen ist, weil ein Beteiligter

erklärt, des Deutschen nicht mächtig zu sein, da die Lüge in solchem Falle eine Ungebühr enthält.

c) Ungebühr in Schriftsätzen.

1. Staub, DJZ. **03** 191: Unsere Gerichte haben nicht das Recht, gegen Ungehörigkeiten in Schriftsätzen der Anwälte im Wege der Ordnungsstrafe vorzugehen. Erforderlichenfalls ist der Vorstand der Anwaltskammer um Einschreiten zu ersuchen.

2. Dagegen Heuer, DJZ. **03** 364: Das Reichsrecht gibt eine derartige Berechtigung allerdings nicht. Es beseitigt aber auch nicht die landesrechtlichen dahingehenden Bestimmungen. Dies heben die Motive zum GVG. (vgl. Hahn, Mat. I 175) hervor und ist vom hanseatischen OLG. in Sachen Bs. C. 1. 7. 91 angenommen worden. Eine entsprechende reichsrechtliche Vorschrift ist wünschenswert.

3. Heuer zustimmend: Witt, DJZ. **03** 472.

4. de lege ferenda. Wendler, DJZ. **04** 112: Die Frage, ob die vor dem Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze gegebenen landesrechtlichen Bestimmungen gültig geblieben sind, wonach die Gerichte Ordnungsstrafen wegen ungebührlicher, bei ihnen eingereichter Schriftsätze verhängen dürfen, wird bejaht vom OLG. Hamburg, DJZ. **97** 204 und Heuer, DJZ. **03** 365. Sie wird verneint von Staub, DJZ. **03** 103 und vom OLG. Jena in einem nicht näher zitierten Beschlusse vom 3. Mai 1903 unter Berufung auf die Motive zum GVG. § 143 bis 149 (Hahn, Mot. I 174 ff), auf die Mot. RAO. 77 und Loewe, EG. zGVG. § 2 Anm. 5. — Ohne sich auf eine vergleichende Kritik der verschiedenen Ansichten einzulassen, empfiehlt Wendler die §§ 177 ff. GVG. auf die Ungebührlichkeiten in Schriftsätzen im Wege der Reichsgesetzgebung für anwendbar zu erklären.

5. Hiergegen Porzig, DJZ. **04** 208: Die Ordnungsstrafgewalt steht den Gerichten zu zum Zwecke der ordnungsmäßigen Durchführung des Rechtsganges. Ungebührlichkeiten außerhalb der Sitzung sind im Disziplinarwege (nicht von dem beteiligten Gerichte) zu ahnden. In diesem Punkte sind die Landesgesetze in Geltung geblieben. Die Übertragung der Disziplinargewalt oder eines Teiles derselben auf das Gericht ist nicht erforderlich noch wünschenswert.

6. OLG. Jena, ThürBl. **51** 92: Schon das gemeine Prozeßrecht und mit ihm einzelne Landesgesetze unterschieden zwischen den Fällen, in denen sich eine Ungebühr in Schriftsätzen nur gelegentlich eines Prozesses des Anwalts fand und im übrigen der sittlichen Qualifikation des Advokaten keinen Abbruch tat, und den Fällen, wo letzteres zutraf. Im ersteren Falle war die Zuständigkeit des mit dem Prozesse befaßten Gerichts, im letzteren Falle die des mit Disziplinargewalt ausgestatteten Obergerichts gegeben. Alles Landesrecht, das als Ordnung des administrativen Disziplinarverfahrens gegen Rechtsanwälte anzusehen ist, ist durch die RAO. beseitigt. Die sonstige Ordnungsstrafgewalt der Gerichte in Angelegenheiten der Reichsprozeßordnungen sind vom GVG. in der Weise geregelt, daß alle landesgesetzlichen Bestimmungen auf diesem Gebiete unanwendbar geworden sind. Die den somit aufgehobenen älteren Gesetzen bekannt gewesene Ordnungsstrafgewalt gegen Verstöße in Schriftsätzen paßte auch höchstens in dem ehemaligen schriftlichen Prozesse, nicht aber in das heutige, vom Prinzipe der Mündlichkeit beherrschte Verfahren.

d) Einzelne Fälle.

1. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **03** 83: Es genügt, wenn die Handlung an sich geeignet ist, die Ordnung zu verletzen, mag sie auch zunächst gegen eine Privatperson gerichtet sein.

2. OLG. Königsberg, PosMschr. **03** 195: Eine Ungebühr des Anwalts kann darin liegen, daß der Anwalt die mündliche Verhandlung ohne Einwilligung des Vorsitzenden und des Prozeßgegners abbricht und sich entfernt, um eine andere bereits aufgerufene Sache wahrzunehmen.

3. **RG.** (Straff.), JW. **03** 90: Das Gebot, den Sitzungssaal zu verlassen, bezieht sich, wenn nicht das Gegenteil ausdrücklich ausgesprochen ist, nur auf die gerade verhandelte Sache.

§ 179. 1. LG. Gießen, HessRspr. **4** 76: Eine wegen Ungebühr aus § 179 verhängte Geldstrafe kann bei Uneinbringlichkeit nicht in Haft umgewandelt werden.

2. Entgegengesetzter Ansicht OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **03** 83.

3. LG. Posen, PosMschr. **04** 146 ist gegen Umwandelbarkeit und gibt eine Übersicht der einschlägigen Judikatur.

§ 183. OLG. 8 4 (Hamburg): Gegen eine Ordnungsstrafe, die auf Grund des als landesgesetzlich fortdauernden Gemeinen Rechtes verhängt ist, ist nicht der Instanzenzug des § 183, sondern der normale Beschwerdeweg gegeben.

Fünfzehnter Titel. Gerichtssprache.

§ 186. BadJustMin., BadRpr. **03** 35: Eine Eingabe darf nicht deshalb völlig unberücksichtigt bleiben, weil sie sich ohne Vorliegen einer bösen Absicht einer fremden Sprache bedient. Es ist zum mindesten zu erwidern, daß Wiederholung des Gesuchs in deutscher Sprache anheimgegeben werde.

§ 187. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **03** 83: Der Gerichtssprache ist auch der nicht „mächtig", der sich in ihr zwar einigermaßen verständigen, jedoch nicht hinreichend geläufig vor Gericht verteidigen kann.

§ 188. **RG.** (Straff.), JW. **04** 21: Bei Taubheit des Angeklagten müssen ihm die Zeugenaussagen durch geeignete Veranstaltungen mitgeteilt werden.

§ 191. **RG.** (Straff.), R. **03** 486: Die Vorschrift hat ihren Grund im öffentlichen Interesse. Deshalb ist auch ein Verzicht der Prozeßbeteiligten auf die eidliche Bestärkung nicht statthaft. Die letztere bildet einen wesentlichen Bestandteil der einzelnen Verhandlung dergestalt, daß ein unter Verletzung dieser Norm des Verfahrens zustande gekommenes Protokoll ein unzulässiges Beweismittel bildet und daher in der Hauptverhandlung weder verlesen noch sonst benutzt werden kann.

Sechzehnter Titel. Beratung und Abstimmung.

§ 195. Voß, DJZ. **03** 450: Das Gericht muß sich zum Zwecke der Beratung und Beschlußfassung in das Beratungszimmer zurückziehen, nur in ganz einfachen und zweifellosen Sachen wird über einen Antrag im Sitzungssaale beraten werden können.

§ 199. Schneider, R. **04** 491 f.: Nur ein nicht mehrere Berichterstatter, auch nicht etwa der Vorsitzende als „ständiger Mitberichterstatter" dürfen vor den jüngeren Mitgliedern abstimmen oder auch nur ihre Ansicht äußern.

§ 201 ff. Karsten, Der Ansturm gegen die Gerichtsferien, DJZ. **03** 109: Die Gerichtsferien sind beizubehalten, eine „Vermehrung der Feriensachen" in umfassendem Maße ist abzulehnen. In den 9 Ferienwochen ist nur $^1/_3$ des Richterpersonals tätig. Bei Fortfall der Gerichtsferien würden die Gerichte eine Mehrarbeit leisten, die dem entspricht, was $^2/_3$ des bisherigen Richterpersonals in 9 Wochen oder das gesamte Richterpersonal in 6 Wochen leistet. Die Arbeitsleistung des letzteren würde sich also von 46 auf 52 Arbeitswochen oder um $^1/_8$ erhöhen. Eine entsprechende Vermehrung des Richterpersonals würde

aber einen Kostenaufwand von 2745964 M. erfordern. Diese Ausgabe würde jedoch die Rechtspflege nicht verbessern. Die Richter würden ebenso wie bisher meist im Sommer zum Teile auch im Frühling oder Herbst Urlaub nehmen, was einen fortwährenden höchst unliebsamen Wechsel in den Richterkollegien verursachen würde. Schließlich würden die größtenteils im Sommer verreisenden Anwälte in vielen Sachen Vertagung vereinbaren, so daß derselbe Zustand hergestellt werden würde wie jetzt; nur mit dem Unterschiede, daß an die Stelle einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift eine von unberechenbaren Faktoren abhängende tatsächliche Unterbrechung der Rechtspflege treten würde.

§ 202. I. Abs. 1. OLG. **9** 440 (Colmar): Gerichtliche Akte, die vorgenommen sind, ohne daß die Sache zur Feriensache erklärt worden war, sind nicht von selbst hinfällig, sondern sind nur mit dem etwa zulässigen Rechtsmittel angreifbar.

II. Ziff. 4a. HansOLG., HansGerZ. **04** Beibl. 264: Die Heuerforderung des Schiffsmanns bedarf ebenso wie Forderungen des Arbeiters gegen seinen Arbeitgeber besonderer Beschleunigung.

III. Abs. 3. 1. AG. Wiesloch, BadRpr. **03** 88: Drohende Konkurrenz anderer Gläubiger ist kein Grund zur Bezeichnung als Feriensache.

2. Verfahren.

a) HansOLG., HansGerZ. **04** Beibl. 263: Der Beschluß darüber, ob eine Sache als Feriensache zu bezeichnen sei, braucht nicht von der Ferienkammer gefaßt zu werden. Er kann auch von der ständigen Gerichtsabteilung vor Beginn der Ferien erlassen werden. Die Ferienkammer ist insoweit an ihn gebunden, wie sie es an eigene Beschlüsse wäre.

b) **RG.** PosMschr. **03** 128: Auch eine einzelne Prozeßhandlung, wie z. B. die Vernehmung eines Zeugen zur Sicherung des Beweises, kann als Feriensache bezeichnet werden.

c) **RG.** R. **03** 531: Der Antrag, eine Sache als Feriensache zu behandeln, kann auch stillschweigend, z. B. in der Weise gestellt werden, daß in einem in den Ferien gestellten Gesuche um Bewilligung des Armenrechts für die Berufungsinstanz gesagt wird, daß das erstinstanzliche Urteil am 16. Juli zugestellt sei, woraus folgt, daß die Berufungsfrist in den Ferien abläuft.

§ 203. 1. Bildung der Ferienkammern.

a) **RG.** (Straff.), JW. **04** 246: Zur Bildung der Ferienkammern und Senate ist nicht der Präsident sondern das Präsidium zuständig.

b) Winkler, DJZ. **04** 539: Die Ferienkammern sind nach Beschluß des Präsidiums, nicht in Gemäßheit des vom Präsidenten erlassenen Ferienplans zu bilden. Die analoge Anwendbarkeit der §§ 62, 63, 121 und 133 GVG. bei der Bildung von Ferienkammern ist gegen Struckmann-Koch mit Endemann, Gaupp-Stein, Sydow und Hellwig anzunehmen. Denn der Standpunkt der Bundesratsvorlage, wonach die Landesjustizverwaltung die näheren Grundsätze über die Bildung der Kammern feststellen sollte, ist vom Reichstage allgemein abgelehnt worden, da die Bildung der Kammern eine Frage der Rechtsprechung sei.

2. Vgl. o. zu § 63.

Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung.

Literatur s. ZPO.

§ 4. 1. **RG. 55** 61, JW. **03** 268, DJZ. **04** Spruchs. 42: Gegen den § 4 verstoßen nicht solche landesgesetzlichen Bestimmungen, nach denen Ansprüche des Fiskus im Verwaltungszwangsverfahren unter Vorbehalt des Rechtswegs beigetrieben werden dürfen.

2. **RG. 56** 217: Das Dekret vom 16. Fructidor III der französischen Republik betr. die Unzulässigkeit der Aburteilung von Verwaltungshandlungen durch die ordentlichen Gerichte ist durch § 4 nicht aufgehoben.

§ 11. RG. 51 32: § 6 des Ges. vom 11. Mai 1842 über die Zulässigkeit des Rechtswegs, wonach gegen den Polizeibeamten, der durch eine Polizeiverfügung einem anderen Schaden zugefügt hat, eine Schadensersatzklage nur dann stattfindet, wenn die Polizeiverfügung im Beschwerdewege als gesetzwidrig oder unzulässig aufgehoben ist, ist durch § 11 nicht beseitigt.

§ 14. Abs. 2 Nr. 1: BayObLG., R. **03** 315: Die von einer Partei bei der mündlichen Verhandlung vorgetragenen strafgerichtlichen Urteile und die im Strafverfahren aufgenommenen Protokolle sind als urkundliche Beweismittel zu berücksichtigen.

Zivilprozeßordnung.

Vor § 1. 1. Wesen des Zivilprozesses.

*Weismann I: Zivilprozeß ist das rechtlich geordnete Verfahren, welches den Zweck hat, mit Hilfe staatlicher Organe, durch Urteil oder Zwangsvollstreckung, dem Privatrechte Geltung zu verschaffen; oder, vom Standpunkte des einzelnen aus betrachtet: das rechtlich geordnete Verfahren, welches den Zweck hat, mit Hilfe staatlicher Organe, durch Urteil oder Zwangsvollstreckung, privatrechtliche Interessen zu schützen.

Zivilprozeßrecht ist der Inbegriff der Rechtssätze, welche dieses Verfahren regeln.

*Schultzenstein, JWBl. **15** 63, spricht sich gegen die Theorie vom Rechtsschutzanspruch aus. Diese Theorie sei vor allem dadurch befördert worden, daß man den Zivilprozeß isoliert und bloß für sich allein betrachtet habe. Nehme man ihn dagegen als Teil des Prozesses überhaupt (Strafprozeß, Verwaltungsstreitverfahren), so entständen sofort Zweifel an der Richtigkeit der Lehre. Eine derartige allgemeine Betrachtung sei aber nirgends mehr am Platze als bei einem so allgemeinem Begriffe, wie es der publizistische Rechtsschutzanspruch sei. Gäbe es einen Rechtsschutzanspruch im Zivilprozesse, so müsse es ihn namentlich im Verwaltungsprozesse geben. Dies sei aber in den zahlreichen Fällen undenkbar, wo der Staat sich selbst unter sein Verwaltungsgericht gestellt habe. Versage aber der Begriff auch nur teilweise, so sei er überhaupt nicht aufrecht zu erhalten.

2. Über die Grenzen des freien richterlichen Ermessens bei der Entscheidung von Rechtsfragen äußert sich:

a) Schreiber, ÖstAGZ. **03** 131 ff.: Die Frage, ob und inwieweit dem Richter ungeachtet des Bestehens eines Gesetzes bei der Entscheidung von Rechtsfragen ein gewisses freies Ermessen einzuräumen ist, ist uralt. Nur wurde die Frage zu verschiedenen Zeiten verschieden formuliert und beantwortet. Die glänzendste wissenschaftliche Erörterung der Frage nach der rechtsschöpferischen Tätigkeit des Richters findet sich in Bülows Schrift „Gesetz und Richteramt". Wenn Bülow jedoch behauptet, die selbständige Rechtsbestimmungsmacht des Richteramts vermöge sogar in Widerspruch zum wirklichen, fest bestimmten Gesetzessinne im Gegensatze zum Wollen und Hoffen des Gesetzgebers siegreich zum Durchbruche zu kommen, der Richter sei vom Staate ermächtigt, auch solche Rechtsbestimmungen vorzunehmen, die nicht im Gesetzesrecht enthalten, sondern lediglich vom Richter gefunden seien, so beruht dies auf einem Mißverständnis. Der wirkliche Sachverhalt ist folgender:

Die Staatsgewalt erteilt dem Richter durch den Ernennungsakt eine Vollmacht zur Ausübung einer Rechtsprechung im Namen des Staates.

Andererseits enthält das Gesetz den Auftrag des Staates an den Richter, in welchem Sinne er die Rechtsprechung auszuüben hat, und der Richter hat mit der Ablegung des Richtereides die Erfüllung des Auftrags beschworen.

Bei der Entscheidung von Rechtsfragen ist der Richter an das Gesetz gebunden genau soweit, als der im Gesetze enthaltene Auftrag lautet. Das kann erstens nur für jedes Staatsgebiet, und zweitens nur für jedes Rechtsgebiet getrennt entschieden werden.

b) Entgegengesetzt Magnand, Neue Freie Presse 1903 Nr. 13875:

Das Recht steht als Ungeschriebenes über den Gesetzen, es ist veränderlich und beherrscht die Gesetze. Will man das Gesetz ausschließlich nach dem Deduktionsverfahren auslegen, dann treibt man es bei der Lösung der extremen Punkte ins Absurde und Ungerechte. Der Richter muß sich bei Anwendung des Gesetzes dauernd nach den wirtschaftlichen, sozialen und politischen Bedürfnissen fragen, die die Gesetze erfüllen sollen. Er muß durch seine Entscheidung den Gesetzgeber auf die Fehler einer unvollkommenen und veralteten Textauffassung aufmerksam machen.

Erster Abschnitt. Gerichte.

Erster Titel. Sachliche Zuständigkeit.

Vorbemerkung: Die Lehre vom Werte des Streitgegenstandes ist auch in den verflossenen Berichtsjahren durch eine größere Zahl mehr oder minder wichtiger Entscheidungen vermehrt worden. Im allgemeinen geht die Tendenz auch der neueren Erkenntnisse offensichtlich dahin, nicht den Betrag der Forderung oder den Wert der Sache, um die sich der Streit dreht, sondern das Interesse des Klägers den Streitwert bestimmen zu lassen. Eine bemerkenswerte Ausnahme von dieser Regel macht **RG. 54** 411.

§ 2. 1. Bedeutung der Wertschätzung. OLG. Colmar, ElsLothr. JZ. **29** 359: Die für die Frage der Zuständigkeit erfolgte Festsetzung des Streitwerts ist auch für die Berechnung der Gebühren der Rechtsanwälte maßgebend.

2. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **29** 359: Die Festsetzung eines verschiedenen Streitwerts für verschiedene Abschnitte des Verfahrens ist zulässig.

3. OLG. Köln, R. **04** 315 Nr. 1416: Auf die Erhöhung des Wertes des Streitgegenstandes hat die obsiegende Partei keinen Anspruch.

§ 3. 1. Allgemeines über die Festsetzung des Streitwerts.

a) OLG. **9** 50 (Hamburg): Nur das im Klagantrage als schutzbedürftig bezeichnete Recht des Klägers bildet den Gegenstand der Wertfestsetzung; auf das mittelbare Interesse des Klägers, mag es höher oder niedriger sein, kommt es ebensowenig an, wie auf die Gründe, die ihn zur Klage veranlaßt haben.

b) **RG.** JW. **03** 174, R. **03** 402 Nr. 2180: Bei primären und eventuellen Anträgen ist für das Objekt derjenige Antrag, welcher den höheren Wert darstellt, maßgebend.

RG. JW. **04** 474: Der § 9a GKG., der für eine geforderte Jahresrente einen verhältnismäßig niedrigen Ansatz vorschreibt, ändert an diesem Grundsatze nichts. Ist sonach prinzipaliter Kapitalsabfindung gefordert, so ist der hierfür geforderte (höhere) Betrag maßgebend.

c) OLG. **5** 470 (Bamberg): Anders, wenn dem Beklagten das Wahlrecht zusteht. In diesem Falle ist der mindeste Wert als Streitwert anzusehen.

RG. 55 80: Der Durchschnittswert der Leistungen kann als Streitgegenstand nicht in Frage kommen.

d) Facultas alternativa.

OLG. **6** 372 (Breslau): Verlangt der Kläger, der die Herausgabe von Sachen fordert, eventuellen Schadenersatz, so kann, da nicht ein alternatives Schuldverhältnis vorliegt, sondern der Schuldner nur berechtigt ist, sich durch

eine andere Leistung zu befreien, bei der Wertberechnung nur der Anspruch auf die geschuldete Leistung für den Streitwert bestimmend sein, ohne daß auf die Befugnis des Beklagten, sich durch Zahlung einer Geldsumme zu befreien, Rücksicht zu nehmen ist.

e) **RG. 57** 411, **JW. 04** 341: Wenn mit einer Feststellungsklage der nämliche Zweck, wie mit der entsprechenden Leistungsklage, nämlich effektive Leistung während der ganzen Dauer der Verpflichtung, verfolgt wird, so ist es auch gerechtfertigt, den Wert des Streitgegenstandes in derselben Weise zu bestimmen, wie wenn unmittelbar auf Bewirkung der den Klagegegenstand bildenden Leistungen geklagt wäre, nämlich gemäß §§ 9 und 6 nach dem Gesamtwerte der letzteren, und nicht nach dem gemäß § 3 zu ermittelnden Interesse des Klägers an der beantragten Feststellung.

2. Die Frage, ob § 3 oder eine der Bestimmungen der §§ 4—9 zur Anwendung kommt, ist auf den Grenzgebieten zweifelhaft. Mit diesen Zweifeln beschäftigen sich eine Reihe von Entscheidungen. § 3 kommt zur Anwendung:

a) Bei Klagen auf Aufhebung eines Vertrags. Hierbei gilt jedoch die Einschränkung, daß wenn nach Inhalt der für die Streitwertberechnung maßgebenden Klaganträge neben dem Aufhebungsanspruch noch weitere ziffernmäßig bestimmte Anträge geltend gemacht werden, diese Ansprüche mit zu berücksichtigen sind, so daß die Festsetzung des Streitwerts keinesfalls hinter dem Betrage der weiteren Ansprüche zurückbleiben darf. **RG. JW. 04** 64.

b) Bei der Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Kaufvertrags. Der bedungene Kaufpreis ist allerdings für den Wert des Streitgegenstandes von Wichtigkeit. **RG.** SeuffA. **58** 32, R. **04** 20.

c) Bei der Rücktrittsklage (Klage auf Feststellung der Unverbindlichkeit des Vertrags). **RG. 52** 427, **JW. 03** 3.

d) Bei Anfechtungsklagen (vgl. JDR. **1** Ziff. III 8 zu § 3): Das Interesse des Anfechtungsklägers kommt nicht in jedem Falle dem Betrage der Forderung gleich. So gewiß auf deren Höhe bei der Ausübung des richterlichen Ermessens Rücksicht zu nehmen ist, so kommt es im einzelnen Falle bei der Schätzung des Streitwerts doch wesentlich darauf an, in welchem Maße der Anfechtungskläger auf Befriedigung rechnen kann. **RG.** SeuffA. **58** 33.

e) Bei einer Klage auf Auflösung einer Gesellschaft, **RG.** Gruchots Beitr. **47** 1148. Hierzu auch OLG. **9** 50 (Hamburg): Für das Interesse des Klägers gibt die Höhe seiner gesellschaftlichen Beteiligung einen wertvollen Anhaltspunkt, wenn sie auch andererseits nicht ohne Weiteres mit dieser identisch ist. Das Gleiche gilt für den Anspruch des Klägers auf Bestellung zum Liquidator.

f) **RG. JW. 03** 49: Bei einem Streit über das Recht, ein Grundstück auszulehmen, sofern für die Lehmentnahme eine einmalige Zahlung zu leisten und das Grundstück nach der Lehmentnahme zurückzugeben ist.

g) SächsOLG. **25** 367: Bei der Klage auf Gewährung eines verzinslichen hypothekarischen Darlehens.

h) OLG. **9** 50 (Hamburg): Bei der Klage auf Herausgabe einer Lebensversicherungspolize. Vgl. jedoch auch Ziff. 3 zu § 6.

i) Beim Anspruch auf Herausgabe einer Wechselunterschrift. OLG. Jena, ThürBl. **50** 206 ff.

k) Bei dem Anspruch auf Herausgabe eines Geschäftsbuches. OLG. Colmar, R. **04** 554 Nr. 2390: Der Wert des Streitgegenstandes bei der Klage auf Herausgabe eines Geschäftsbuches ist nicht nach dem Werte der darin verzeichneten Außenstände, sondern nach dem Interesse des Klägers am Besitze dieses Buches zu bestimmen. Bei der Würdigung des Interesses kommt in Betracht,

ob und welche sonstigen Beweismittel außer dem Buche dem Kläger für die Verfolgung der aus dem Buche ersichtlichen Forderungen zur Verfügung stehen.

l) OLG. **6** 372 (Königsberg): Bei einer Klage des Vermächtnisnehmers gegen die Erben auf Umschreibung des vermachten und auf Grund des Vermächtnisses in das Eigentum des Klägers übergegangenen Grundstücks.

m) OLG. **7** 217 (Hamburg): Bei der Klage auf Räumung eines zum Bordellbetriebe vermieteten Hauses; der Rechtsstreit ist kein solcher um den „Besitz" des Hauses im Sinne des § 6 ZPO.

n) BayObLG. **3** 10—15: Bei Ansprüchen auf Leistung des Offenbarungseides über den Bestand des Nachlasses.

o) OLG. Naumburg, R. **03** 578 Nr. 2591: Bei der Klage einer Zuckerfabrik auf Feststellung der Rübenlieferungspflicht eines Aktionärs auf die Dauer seines Aktienbesitzes, der statutenmäßig bei Vermeidung einer Vertragsstrafe von 15 M. für jeden baupflichtigen Morgen (10 Morgen für die Aktie oder eine entsprechende Menge gekaufter Rüben) genügt werden müsse, sowie ferner auf Feststellung seiner Verpflichtung zur alljährlichen fristzeitigen Meldung, in welcher Weise er seiner Rübenlieferungspflicht zu genügen beabsichtigt, bei Vermeidung einer Vertragsstrafe von 15 M. für jeden baupflichtigen Morgen im Falle der verspäteten oder unterlassenen Anzeige. Der § 9 ist hier nicht anwendbar.

p) OLG. **9** 49 (Hamburg): Bei der Klage auf Einwilligung in die Veräußerung des gemeinschaftlichen Grundstücks. Maßgebend ist nicht der Sachwert des klägerischen Anteils (§ 6), sondern das Interesse des Klägers an der Erzwingung der Einwilligung des Beklagten, welches jedenfalls nicht höher einzuschätzen ist, als der Wert des beklagten Anteils.

q) **RG. 57** 400, JW. **04** 237: Bei Klagen auf Abnahme der Kaufsache. Es bildet nicht der Besitz derselben den Streitgegenstand, da nicht dessen Erlangung, sondern die Hinwegnahme der zu diesem Zwecke bereit gestellten Sache erstrebt wird.

r) **RG.** JW. **02** 631, OLG. **6** 371 (Breslau): Bei einer Klage auf Entgegennahme der Auflassung. (IDR. **1** Ziff. III 5.)

s) **RG.** JW. **04** 237: Bei dem Verbote, ein bestimmtes Haus zu betreten.

t) BayObLG. R. **04** 194 Nr. 928: Bei der Protestation gegen den Bestand einer Hypothek.

u) **RG.** SächsA. **14** 500: Bei Ansprüchen auf Sicherheitsleistung wegen ünftiger, ihrer Höhe nach noch nicht feststehender Forderungen.

v) OLG. Stuttgart, WürttJ. **15** 54: Dagegen ist § 3 nicht anwendbar, wenn der Streit sich lediglich um die *Fälligkeit* einer Forderung dreht. In diesem Falle ist vielmehr der volle Betrag der Forderung als Streitwert anzunehmen.

3. Grundsätze für die *Schätzung nach richterlichem Ermessen* werden in folgenden Entscheidungen aufgestellt:

a) OLG. Colmar, R. **03** 158 Nr. 837: Für die Bestimmung des Streitwerts ist weder die Art und Weise der Einlassung des Beklagten noch auch der Umstand maßgebend, daß sich der Antrag auf Abweisung der Klage ausschließlich auf die Einrede der Unzuständigkeit gründet und daß lediglich über diese verhandelt wird. Die Folge der Beschränkung auf diese Einrede äußert sich bloß in der durch § 26 Nr. 2 GKG. und § 20 RAGebO. festgesetzten Ermäßigung der Gerichts- und Anwaltskosten.

b) **RG. 52** 427: Das Interesse des Klägers an der Rückgängigmachung eines Vertrags deckt sich, soweit der Vertrag noch unerfüllt ist, also Restitution nicht stattfindet, weder mit dem Werte der Sache, die der Käufer nicht erwerben,

noch mit dem Kaufpreise, den er nicht zahlen will, er kann vielmehr nur unter Gegenüberstellung beider bemessen werden. Der § 6 ist nicht verwendbar.

c) **RG.** JW. **03** 26: Bei der Klage eines Miterben ist der Streitgegenstand nach demjenigen Anteile zu bemessen, zu dem der Kläger bei der Erbteilung bezüglich des streitigen Gegenstandes interessiert ist. Das ist auch für den Fall anzunehmen, in dem Miterben von ihren Miterben auf Erfüllung von Verbindlichkeiten, die gegenüber dem Nachlasse bestehen sollen, in Anspruch genommen werden.

d) **RG. 54** 411: Bei der Einklagung einer Forderung gegen den Erben des ursprünglichen Schuldners ist es für die Festsetzung des Streitwerts ohne Bedeutung, daß die Klage auf Zahlung aus den Mitteln und nach dem Bestand des Nachlasses gerichtet ist.

e) **RG.** Gruchots Beitr. **47** 1148: Bei einer Klage auf Auflösung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann nicht ohne weiteres der Betrag des Stammkapitals der Gesellschaft zugrunde gelegt werden. Vielmehr ist bei einer derartigen Klage für die Bemessung des Streitgegenstandes auszugehen von den Geschäftsanteilen der klagenden Gesellschaft. Dies rechtfertigt sich dadurch, daß die Auflösungsklage nach der Natur der Sache auf Wahrung des Geldinteresses gerichtet ist, das die Kläger durch ihre Beteiligung bei der Gesellschaft haben und das sie durch den Auflösungsantrag wahren wollen.

f) OLG. **6** 372 (Kiel): Bei einer Klage auf Rechnungslegung ist das Interesse, das mit der Klage verfolgt wird, nicht identisch mit dem Geldbetrage, der dem Kläger infolge der Rechnungslegung auszuzahlen ist. Vielmehr ist, sofern nicht gleichzeitig auf Herausgabe des sich ergebenden Betrags geklagt ist, der Streitwert geringer als das Ergebnis der Rechnungslegung zu bemessen.

g) OLG. **7** 272 (Kiel): Bei Feststellungsklagen ist der Wert nicht schlechthin aus dem Wortlaute des Klagantrags zu entnehmen, vielmehr ist zu berücksichtigen, worin die Abweichungen des vom Beklagten eingenommenen Standpunkts bestanden haben, durch welche das rechtliche Interesse an der Feststellung begründet wird.

h) Über Wertfestsetzung bei der Klage auf Gewährung eines verzinslichen, hypothekarischen Darlehns sagt SächsOLG. **25** 367: Nicht der Betrag der darzuleihenden Geldsumme bildet den Streitwert, sondern das Interesse, das der Kläger an dem Erwerbe des Eigentums an dem gelieferten Gelde bei gleichzeitiger Übernahme der ihm auferlegten Verpflichtung hat (Zinszahlung, Sicherstellung, Gewährung einer Prämie).

4. Streitwert bei einstweiliger Verfügung.

RG. JW. **03** 174: Bei Streitigkeiten über die Aufhebung einer einstweiligen Verfügung ist der Streitwert das Interesse des Klägers an der Aufhebung der einstweiligen Verfügung. Dies nur nach freiem Ermessen zu bestimmen (ständige Rechtsprechung vgl. Gaupp-Stein Not. 35 zu § 3).

5. Streitwert bei der Beschwerde gegen einen Kostenfestsetzungsbeschluß.

OLG. Frankfurt, R. **04** 47: Der Wert des Streitgegenstandes wird bei der Beschwerde gegen einen Kostenfestsetzungsbeschluß nicht gebildet durch die Höhe der tatsächlich festgesetzten Kosten, sondern durch den Betrag der von dem Antragsteller geltend gemachten Kosten ohne Rücksicht auf die vom Gerichte gemachten Abstriche.

6. Streitwert bei einem innerhalb eines Prozeßverfahrens ergangenen Beschlußverfahren über den Antrag auf Aussetzung.

BayObLG., R. **04** 225 Nr. 1077: Wird mit der Beschwerde gegen einen Gerichtsbeschluß, durch den der Antrag auf Aussetzung des Verfahrens bis zur Beendigung eines gegen einen Dritten eingeleiteten Strafverfahrens abgelehnt

wurde, vom Beklagten bezweckt, dem Kläger die Fortsetzung des Streites unmöglich zu machen und damit sich von der Notwendigkeit der Wahrung seiner Rechte im Rechtsstreite auf unbestimmte Zeit zu befreien, so hat die Beschwerde den Rechtsstreit in seinem vollen Umfange zum Gegenstand und bildet der Wert des Gegenstandes des Rechtsstreits auch den Wert des Beschwerdegegenstandes. Dabei kommt es darauf nicht an, wie hoch das Interesse des Beschwerdeführers an der beantragten Entscheidung zu veranschlagen war, weil der mit der Beschwerde erfolgte Antrag nicht, wie ein Antrag auf Bewilligung des Armenrechts oder auf Anordnung eines Arrestes, ein besonderes Verfahren eröffnete, sondern innerhalb des anhängigen Rechtsstreits gestellt war und dessen Fortgang betraf.

7. Beschwerde der Partei über zu niedrige Festsetzung des Streitwerts.

RG. JW. **03** 67: Die Beschwerde der Partei über zu niedrige Festsetzung des Streitwerts ist auch nicht aus dem Gesichtspunkte zulässig, daß sie wegen der Möglichkeit der Revision an der Festsetzung interessiert sei, weil die Entscheidung des Reichsgerichts als Beschwerdegericht der in mündlicher Verhandlung zu treffenden Feststellung über das Vorhandensein der Revisionssumme nicht vorgreift.

§ 4. 1. Nebenforderung.

RG. **55** 82: Eine Forderung ist gegenüber einer anderen Forderung, mit der sie zusammen geltend gemacht ist, dann Nebenforderung, wenn sie zu ihr in einem objektiven Abhängigkeitsverhältnisse steht, d. h. wenn ihre Existenz begriffsnotwendig durch die Existenz jener anderen (Haupt)-Forderung bedingt ist.

Wenn daher eine veräußerte Sache dem Erwerber durch einen Dritten entwährt ist, so ist der von dem Erwerber gegen den Veräußerer neben dem Gewährleistungsanspruche geltend gemachte Anspruch auf Erstattung der ihm durch die Prozeßführung mit dem Dritten erwachsenen Kosten eine Nebenforderung im Sinne des § 4.

Nach **RG.** **56** 256, JW. **04** 113, ist weiter eine Nebenforderung die auf § 767 Abs. 2 BGB. sich stützende Forderung an den Bürgen auf Erstattung der von dem Hauptschuldner zu ersetzenden Kosten der Rechtsverfolgung, wenn sie zugleich mit der Forderung, für welche die Bürgschaft übernommen worden war, geltend gemacht ist. Denn sie tritt kraft Gesetzes zu der durch den Bürgschaftsvertrag übernommenen Verpflichtung hinzu als eine von der letzteren abhängige Nebenverpflichtung.

2. Zinsen.

RG. JW. **03** 97, 174: Bilden die Zinsen in der Revisionsinstanz den einzigen Streitgegenstand, so haben sie nicht mehr den Charakter einer Nebenforderung.

3. Futterkosten.

Im Gegensatze zum RG. (vgl. JDR. **1** Ziff. 3 zu § 4 und **2** Ziff. 1 zu § 488) hat OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 76 ausgesprochen, daß die Futterkosten bei der Wandlung eines Viehkaufs keine bloße Nebenforderung, sondern einen selbständigen Anspruch bilden.

Dagegen wieder **RG.** R. **04** 530 Nr. 2267: Wird auf Rücknahme eines gekauften Pferdes auf Grund der Behauptung geklagt, daß die Rücknahme für den eingetretenen Fall der Nichtbeseitigung eines Mangels von vornherein vereinbart sei, und zugleich Ersatz von Futterkosten verlangt, so bildet letzterer Anspruch eine Nebenforderung im Sinne des § 4.

4. Nutzungen.

OLG. **6** 374 (Breslau): Werden mit der Klage auf Herausgabe des Grundstücks gleichzeitig die Nutzungen der Vergangenheit gefordert, so sind die Nutzungen nur eine Nebenforderung.

5. Schäden.

BayObLG., R. **03** 402 Nr. 2181: Eine von dem Anspruch auf Aufhebung eines Kaufvertrags abhängige Schadensersatzforderung ist wie die Zinsenforderung eine Nebenforderung. Die neben dem Ausspruch auf Aufhebung eines Kaufvertrags ausgesprochene Verpflichtung des Beklagten, den Kläger von der aus dem Vertrage erwachsenen Schuld zu befreien, bildet nur eine aus der Unwirksamkeit des Vertrags sich von selbst ergebende rechtliche Folgerung.

6. Über den Streitwert bei der Widerspruchsklage vgl. zu § 771; über die Nichtberücksichtigung von Kosten bei Eintragung einer Zwangshypothek vgl. § 866.

§ 6. 1. Wert der Sache.

RG. R. **03** 44 Nr. 219: Der gemeine Wert der Sache, nicht der Preis, den jemand in Zwangslage wegen besonderer Verhältnisse vielleicht bieten muß, ist in der Regel maßgebend.

2. Wert eines belasteten Grundstücks.

RG. JW. **03** 180: Bei Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück bestimmt sich der Wert des Streitgegenstandes nach dem Werte des Grundstücks abzüglich der auf ihm haftenden hypothekarischen Schulden, sofern dieser Wert hinter dem Betrage der beizutreibenden Forderung zurückbleibt.

Dieselbe Berechnung gilt bei Anfechtung von Rechtshandlungen außerhalb des Konkurses.

3. Wert einer Lebensversicherungspolize.

OLG. **6** 374 (Hamburg): Wenn es sich um den Wert handelt, den eine Lebensversicherungspolize für den Versicherungsnehmer zurzeit der Erhebung einer von ihm gegen einen Dritten auf Herausgabe der Polize gerichteten Klage hat, kann dafür nicht die Summe der bislang auf die Polize gezahlten Prämien maßgebend sein, vielmehr ist das entscheidende Gewicht darauf zu legen, zu welchem Preise im gedachten Zeitpunkt eine Verwertung der Polize möglich ist. Hierfür bietet jedoch bei der Schwierigkeit einer anderweitigen Verwertung nur der Betrag, den die Gesellschaft selbst bei Rückkauf der Polize vergütet, einen zuverlässigen Anhalt.

4. Besitz.

RG. JW. **04** 94: Die Grundsätze des § 6 gelten auch dann, wenn nicht bloß über den Besitz, sondern über das Eigentum einer Sache gestritten wird.

RG. JW. **04** 237: Dagegen ist § 6 nicht anwendbar, wenn der Verkäufer lediglich auf Abnahme des Kaufgegenstandes klagt.

5. Pfandrecht.

OLG. **6** 373 (Braunschweig): Die Vorschrift bezielt nicht nur die Fälle, wenn unmittelbar das Bestehen oder Nichtbestehen des Pfandrechts in Streit ist, sondern bezieht sich auch auf diejenigen, in welchen vom Hypothekar Löschung oder Abtretung des Rechtes beansprucht wird, sei es auf Grund eines persönlichen oder dinglichen Rechtes.

6. Forderung.

OLG. **6** 373 (Braunschweig): Unter der Forderung, welche nach § 6 maßgebend sein soll, kann nur diejenige verstanden werden, wegen deren das Pfandrecht bestellt ist. Ob bei einer Klage auf Löschung der Hypothek gegen Zahlung der Kläger einen geringeren als den eingetragenen Betrag anerkennt und anbietet, ist bedeutungslos.

Feststellung einer Forderung. **RG.** JW. **04** 94: Der § 6 findet auch Anwendung, wenn es sich um bloße Feststellung einer Forderung handelt (vgl. auch Ziff. 1e zu § 3).

OLG. Stuttgart, WürttJ. **15** 54: Bei Streit lediglich über die Fälligkeit einer eingeklagten Forderung ist trotzdem der Betrag der Forderung als Streitwert anzunehmen.

RG. SächsA. **14** 500: Bei Ansprüchen auf Sicherheitsleistung wegen künftiger, der Höhe nach noch nicht feststehender Ansprüche muß der Streitwert gemäß § 3 nach freiem Ermessen geschätzt werden. Die Höhe der geforderten Sicherheit ist auch in diesem Falle nicht maßgebend.

BayObLG., SeuffA. **59** 164, R. **04** 20: Wird die in allgemeiner Gütergemeinschaft lebende Ehefrau auf Zustimmung zur Auflassung eines Grundstücks aus dem Gesamtgute verklagt, so ist als Streitwert die Hälfte des Wertes des aufzulassenden Grundstücks anzunehmen. Denn wenn auch die Gütergemeinschaft eine Gemeinschaft zu gesamter Hand ist, die Zustimmung der Frau daher nicht Veräußerung eines Hälftenteils an dem Grundstück ist, so ist sie doch Mitwirkung zu der Veräußerung und diese Mitwirkung der Frau ist wegen des Anteilsrechts, das ihr an dem Gesamtgute zusteht, erforderlich. Da die Anteilsrechte der Ehegatten an dem Gesamtgute gleich sind, so erscheint es gerechtfertigt, den Wert der Mitwirkung der Frau als Anteilsberechtigten der Hälfte des Wertes der ganzen Verfügung gleichzustellen und demgemäß den Wert des Gegenstandes, der auf die Mitwirkung der Frau zur Auflassung gerichteten Klage auf die Hälfte des Wertes des aufzulassenden Grundstücks zu bestimmen.

Über Wertfestsetzung bei Ansprüchen die lediglich aus einem unzulänglichen Nachlasse befriedigt werden sollen handelt SächsOLG. **24** 450. Der Wert eines Anspruchs, der lediglich aus den Mitteln eines Nachlasses befriedigt werden soll, hängt wesentlich von dessen Bestand ab, er findet in der Unzulänglichkeit des Nachlasses ebenso seine Begrenzung, wie die Forderung eines Gläubigers, der nur aus einem unterwertigen Pfandstücke Deckung sucht. Dadurch unterscheidet sich die Klage gegen den nur mit den Mitteln des Nachlasses haftenden Erben wesentlich von der Klage gegen einen Schuldner, dessen derzeitiges Vermögen zur Bezahlung der eingeklagten Forderung nicht ausreicht. Denn in letzterem Falle ist immerhin die Möglichkeit vorhanden, daß der Kläger noch künftig einmal, wenn der Beklagte zu dem entsprechenden Vermögen kommt, volle Befriedigung erlangt. Das ist hier rechtlich ebenso ausgeschlossen, wie in dem Falle, der im § 6 ZPO. geregelt wird. Dem Wesen nach sind daher beide Fälle hinsichtlich des Wertes des geltend gemachten Anspruchs vollständig gleich, wodurch sich die entsprechende Anwendung jener Vorschrift rechtfertigt.

Über den Wert des Anspruchs auf Herausgabe eines Geschäftsbuchs s. o. § 3 Ziff. 2k.

§ 9. 1. Aufgelaufene Rückstände.

RG. 58 293ff., JW. **04** 473: Die bis zur Klagerhebung aufgelaufenen Rückstände von wiederkehrenden Leistungen sind besonders in Ansatz zu bringen (**RG. 19** 416 Plen.). Das gilt nicht nur für die Wertberechnung nach § 9, sondern auch für die nach GKG. § 9a.

2. Nutzungen von wechselnder Höhe.

RG. JW. **04** 473: Bei Jahresrenten von wechselnder Höhe findet § 9 nicht ohne weiteres Anwendung, ebensowenig § 9a GKG. Es greift vielmehr das freie richterliche Ermessen nach § 3 Platz.

3. OLG. **7** 272 (Kiel): Bei einer Klage auf Feststellung, daß die Kündigung eines bei dem Beklagten unablöslich belegten Fideikommißkapitals unzulässig und Beklagter schuldig sei, die jährlichen Zinsen zu zahlen ist eigentlicher Streitpunkt die Frage, ob die vom Beklagten übernommene Reallast unkündbar oder gemäß § 55 des Realablösungsgesetzes kündbar ist.

Der wirtschaftliche Wert dessen, was Kläger erstreben will, besteht danach in der Differenz der bisher gezahlten Reallast und des Zinsbetrags, welchen er in Zukunft aus dem Ablösungskapital — das ist der 18fache Betrag des Reallastbetrags — erhalten wird. Unter Zugrundelegung dieses Jahrwertes ist der Wert des von Kläger beanspruchten Rechtes auf eine jährlich wiederkehrende Leistung nach § 9 zu berechnen.

§ 10. OLG. Dresden, Fischers Z. **28** 100, schließt sich bez. der Tragweite des § 10 der herrschenden Ansicht (vgl. JDR. **1** § 10) an, wonach die Bestimmung unterschiedslos und auch dann anzuwenden ist, wenn der Einwand schon im landgerichtlichen Verfahren vorgebracht ist, ja sogar auch dann, wenn über ihn gemäß § 275 Abs. 2 durch besonderes Zwischenurteil entschieden worden ist.

Zweiter Titel. Gerichtsstand.

Vorbemerkung: Unter den zahlreichen Erkenntnissen, die in den vergangenen Berichtsjahren zum zweiten Titel ergangen sind, — die Literatur ist sehr spärlich — sind die zu § 29 über den Gerichtsstand bei der Wandelungsklage hervorzuheben. Es darf nicht übersehen werden, daß die Gründe zu **RG. 55** 105 und **RG. 57** 12 sich schwer vereinigen lassen. Nach der ersten Entscheidung wäre der Erfüllungsort für den Wandelungsanspruch stets der Wohnsitz des Käufers, nach der zweiten nur dann, wenn die Kaufsache sich an diesem Orte befindet. Definitiv erledigt ist somit die Streitfrage bisher noch nicht.

Vor § 12. Die allgemeine Regel, daß der spätere Wegfall des die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts begründenden Umstands, die einmal begründete Zuständigkeit nicht berührt, wird vom **RG.** JW. **04** 412 in der zu § 23 Ziff. 2d angeführten Entscheidung verwertet.

RG. JW. **03** 372: Ist der prinzipale Klagantrag wegen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts abgewiesen, so darf in eine Prüfung des nur für den Fall gestellten Eventualvertrags, daß der prinzipale Klagantrag nicht erwiesen werden könne, nicht eingetreten werden.

§ 17. Abs. 1. Satz 2. *Arend, Parteiqualität der offenen Handelsgesellschaft 39 ff.: Bei der offenen Handelsgesellschaft kann niemals „ein anderes erhellen".

Abs. 3. *Arend a. a. O. 41: Das Wort „neben" statuiert ein Koexistierendes; damit ist die von Endemann — Der deutsche Zivilprozeß I 250 — vertretene Subsidiarität der Gerichtsstände des 1. u. 2. Absatzes ausgeschlossen.

§ 18. *Scholz, Gruchots Beitr. **47** 556—587: Die Oberpostdirektionen sind zur ausschließlichen Prozeßvertretung des Reichspost- und Telegraphenfiskus berufen, soweit es sich nicht um Klagen aus Verträgen handelt, welche das Reichspostamt selber abgeschlossen hat, in welchem Falle nur das RPA. passiv legitimiert ist. Das RPA. kann aber vermöge eines „Eintrittsrechts" in seinem Ressort stets selber als Kläger auftreten. Entsprechendes gilt im Reiche und in Preußen im Zweifel überall da, wo die Behörden in drei Stufen als Lokalbehörden, Provinzialbehörden (höhere Reichsbehörde) und Zentralbehörde (oberste Reichsbehörde) aufsteigen. Die Vertretungsmacht kann der Provinzialbehörde mit Wirksamkeit nach außen auch durch Geschäftsordnung übertragen sein.

§ 20. Weismann I 92: Der Gerichtsstand des Aufenthaltsortes endigt mit dem Verhältnisse, das ihn veranlaßt hat, nicht erst mit der Endigung des Aufenthalts.

§ 21. OLG. **9** 50 (Cassel): Eine Niederlassung ist nicht schon dann gegeben, wenn jemand mit dem Bau eines zu einem beabsichtigten Gewerbebetrieb bestimmten Gebäudes außerhalb des Sitzes seiner sonstigen gewerblichen Niederlassung beginnt, auch nicht, wenn er zu dessen Leitung ein besonderes Bau-

bureau an Ort und Stelle errichtet (es sei denn, daß er selbst oder durch Vertreter von dort als dem Mittelpunkt eines vom übrigen Geschäft abgegrenzten Teiles aus unmittelbar auf diesen Teil des Geschäfts bezügliche Geschäfte abschließt).

§ 22. **RG. 54** 207, JW. **03** 174: Der Gerichtsstand des § 22 ist auch dann gegeben, wenn auf der Aktiv- oder Passivseite eine Rechtsnachfolge eingetreten ist.

§ 23. Gerichtsstand des Vermögens.

1. Allgemeines.

a) Die bekannte Streitfrage, ob der Gerichtsstand des Vermögens dadurch bedingt sei, daß ein nach der ZPO. pfändbares Vermögen vorhanden ist, wird in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung (**RG. 4** 408, **16** 292 usw., Wach I 420) von OLG. **6** 240 (Hamburg) verneint. Ebenso auch Weismann I 93.

→ Unrichtig ist und bleibt die herrschende Ansicht deswegen doch. Da das geltende Recht den Gerichtsstand des Wohnsitzlosen nun einmal an die Voraussetzung des Vermögens knüpft, so muß für diese Beschränkung doch auch ein Grund vorhanden sein und dieser kann nur in der Befriedigungsmöglichkeit gesucht werden. Eine Verbindung des Gerichtsstandes mit der bloßen Existenz irgend eines Vermögensgegenstandes im Gerichtsbezirke ist einfach sinnlos. Bei der künftigen Reform der ZPO. wird hoffentlich das Erfordernis des Vermögens gestrichen werden: wer im Inlande keinen Wohnsitz hat und einem Inländer etwas schuldet, kann sich nicht beklagen, wenn er sich vor jedem sachlich zuständigen deutschen Gerichte auf die Klage einzulassen hat. Der deutsche Gläubiger braucht dann nicht mehr erst Nachforschungen anzustellen, ob sein Schuldner irgend im deutschen Reiche einen alten Regenschirm oder ein wertloses Notizbuch zurückgelassen hat!! Das Vermögenserfordernis ist für den Gläubiger wie für den Schuldner gleich zwecklos. Und wie viele Schwierigkeiten — vgl. die folgenden Entscheidungen — würden damit aus der Welt geschafft! Will man durchaus eine „Beschränkung", so bestimme man den allgemeinen Gerichtsstand des inländischen Klägers als das für den wohnsitzlosen Schuldner zuständige Gericht. Mit dem gemeinrechtlichen forum arresti und seinen verkrüppelten Nachkommen sollte man jedenfalls endgültig aufräumen. ← Red.

b) Über die Bedeutung des § 23 für die Wandelungsklage vgl. Oetker, JLBl. **15** 122 ff.: Der Gerichtsstand für die Wandelungsklage kann nicht mit der Kaufgeldforderung des Beklagten und nicht mit dessen eventuellem Anspruch auf Zurückgabe der Ware begründet werden. Das Prozeßgesetz kann nicht einen Vermögensbesitz als Kompetenz begründend anerkennen, der mit der Klagbegründung stehen und fallen würde.

Dagegen kann unter den Voraussetzungen von § 23 die Wandelungsklage allerdings bei dem inländischen Gerichte erhoben werden, in dessen Bezirke sich die Kaufsache befindet, falls diese im Eigentume des Beklagten verblieben ist.

2. Vermögen.

a) Abgetretene Forderung als Vermögen?

RG. JW. **03** 418: Eine dem Schuldner ehemals zustehende, von diesem aber rechtlich abgetretene Forderung ist kein Vermögen des Schuldners. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die Abtretung zum Zwecke der Erzielung eines Konkordats erfolgt ist, daß der Zessionar nur zugunsten der Gläubiger des Schuldners über die Forderung verfügen darf, und daß der Schuldner ein bedingtes Recht auf Wiederabtretung hat.

b) Eventuelle Prozeßkostenforderung als Vermögen?

OLG. **6** 374 (Hamburg): Der Gerichtsstand des Vermögens kann nicht auf

die eventuelle Prozeßkostenforderung des Beklagten gegen den Kläger gestützt werden. Denn dieser Anspruch bestand vor der Zustellung der Klage auch als bedingter noch nicht. Ebensowenig kann die eventuelle Prozeßkostenforderung des Beklagten in einem gegen einen Dritten schwebenden Prozeß als Vermögen angesehen werden, denn die Prozeßkostenforderung entsteht erst mit dem Erlasse des Urteils. (Vgl. hierzu § 91.)

c) Einzelne Kontokorrentforderung als Vermögen.

RG. R. **03** 403 Nr. 183: Besteht zwischen Kaufleuten ein eigentliches Kontokorrentverhältnis, so kann der Gerichtsstand des Vermögens nicht auf eine Forderung des Beklagten gegen den Kläger aus einer einzelnen Warenlieferung, die demselben in dem Kontokorrent als Aktivposten gutgeschrieben wurde, gegründet werden.

d) Forderungen nach erfolgter Aufrechnung.

RG. 58 258, JW. **04** 412: Die nach der Klagzustellung vom Schuldner erklärte Aufrechnung ändert den Gerichtsstand des § 23 nicht. Die Bestimmung im BGB. § 389 über die Rückwirkung der Aufrechnung ist im Gebiete des bürgerlichen Rechtes erlassen und hat in dem Gebiete des materiellen Rechtes zweifellos eine unbeschränkte Wirkung. Eine Erstreckung auf das Gebiet des Prozeßrechts ist jedoch nicht angängig (vgl. JDR. **3** Ziff. 3 zu § 389 BGB.).

e) Vinkulierte Namenaktien als Vermögen.

OLG. **6** 375 (Posen): Durch den Besitz von vinkulierten Namenaktien wird die Zuständigkeit des Gerichts nicht begründet, solange nicht der Beklagte im Aktienbuche eingetragen und die Übertragung von der Gesellschaft genehmigt ist.

f) Dividendenscheine als Vermögen.

OLG. **6** 375 (Posen): Dividendenscheine vinkulierter Namenaktien sind Inhaberpapiere. Auf ihren Besitz kann mithin unabhängig vom Eigentum an den Namenaktien der Gerichtsstand des § 23 begründet werden.

Dagegen der Einsender der Entscheidung a. a. O. 377, Anm. 1: Zinsen und Dividenden sind Früchte der Hauptsache, die Scheine Legitimationspapiere, und wenn der Besitzer der Aktie der Gesellschaft gegenüber keine Rechte hat, so ist die Gesellschaft berechtigt, die Zahlung abzulehnen. Dagegen wiederum die Bemerkung, R. **03** 314 Nr. 1699.

3. Art des Vermögens bei Inhaberpapieren.

a) OLG. **6** 375 (Posen): Inhaberpapiere sind im Sinne des BGB. Sachen und demgemäß ist der Gerichtsstand des § 23 ZPO. dort begründet, wo sie sich befinden; damit ist jedoch ihre Rechtsnatur nicht erschöpft. Inhaberpapiere sind verkörperte Forderungen, ihr Besitz verleiht ein Forderungsrecht, und während der Erwerb den Normen des Sachenrechts folgt, untersteht die Geltendmachung des Gläubigerrechts dem Rechte der Schuldverhältnisse. Es gilt mithin der Ort, in dem der Schuldner wohnt, als der des Vermögens. Man kann nicht mit Wach (I 422) sagen, die Disposition des Gesetzes bedürfe der Einschränkung in dem Falle, in welchem die Forderung sich in einem Papier (Inhaberpapier, überhaupt Wertpapier, das einen Börsen- oder Marktpreis hat) verkörpert, welches die ZPO. als körperliche Sache den Pfändungsgrundsätzen der körperlichen Sache unterwerfe; folgerecht müsse die Forderung dort als lokalisiert gedacht werden, wo sich das Papier befinde. Denn § 23 unterscheidet nicht, ob die Forderungen in einer Urkunde verkörpert sind oder nicht. Da der Dividendenschein keine bloße Rechtsanwartschaft, sondern ein, wenn auch bedingtes und betagtes Forderungsrecht verleiht, so genügt der Besitz zur Begründung der Gerichtszuständigkeit und es ist unerheblich, ob die Bank bisher Gewinnanteil ausgezahlt hat oder nicht.

b) RG. **58** 8, JW. **04** 64 mißbilligt diese Auffassung, die auf unzureichender Würdigung des Wesens der Inhaberpapiere beruhe. Im Einklange mit der herrschenden Meinung spricht RG. aus, „daß der Gerichtsstand des Vermögens im Sinne des § 23 ZPO., soweit Inhaberpapiere und überhaupt Wertpapiere in Betracht kommen, lediglich da begründet ist, wo sich die Papiere befinden".

➸ Diese Entscheidung ist, soweit sie sich auf Wertpapiere bezieht, die nicht Inhaberpapiere sind, nicht zu billigen. ⟵ Red.

4. Forderung gegen den Fiskus.

SächsOLG. **24** 453: Bei Forderungen gegen den Fiskus gilt als Wohnsitz der Sitz der den Fiskus vertretenden Behörde. Wollte man dies verneinen, so gelangte man zu dem praktisch wenig befriedigenden Ergebnisse, daß für Ausländer im Inlande dann kein Gerichtsstand begründet wäre, wenn ihr inländisches Vermögen in einer Forderung gegen eine der im § 22 ZPO. aufgezählten Personenvereinigungen bestände, weil auch bei diesen von einem eigentlichen Wohnsitze nicht gesprochen werden kann. Wenn die ZPO. diesen Ausdruck gebraucht, so will sie den allgemeinen Gerichtsstand des Schuldners unter Ausschluß besonderer Gerichtsstände als den Ort bezeichnen, wo das Vermögen sich befindet, und die Klage zu erheben ist.

5. Über das Bestehen eines Gerichtsstandes des Vermögens trotz eines vereinbarten Gerichtsstandes vgl. zu § 38.

§ 24. Dinglicher Gerichtsstand.

1. RG. **53** 98, JW. **03** 32: Der Gerichtsstand der belegenen Sache ist für Klagen auf Geltendmachung des Fischereirechts einer Privatperson an einem öffentlichen Flusse gegeben.

2. OLG. **6** 377, PosMschr. **03** 93 (Marienwerder): Bei Klagen auf Löschung einer ausgezahlten Hypothek greift der ausschließlich dingliche Gerichtsstand des § 24 auch dann ein, wenn der Kläger nicht mehr eingetragener Eigentümer des verhafteten Grundstücks ist, sondern an der Löschung nur insoweit interessiert ist, als er sich seinem Käufer gegenüber zur Löschung der Hypothek verpflichtet hat.

3. Weismann I 95 (gegen Hellwig, Anspruch 36): Der dingliche Gerichtsstand des § 24 findet auch Anwendung auf Klagen wegen Vorenthaltung des Besitzes und sonstiger Beeinträchtigungen.

4. LG. Bückeburg, Buschs Z. **31** 329: Für Klagen auf Erfüllung von Verpflichtungen zur Erwerbung eines Grundstücks und zur Löschung einer Hypothek ist der Gerichtsstand des § 24 nicht gegeben.

§ 29. 1. Im allgemeinen.

a) RG. JW. **03** 431: Der Erfüllungsort für einen Vertrag im allgemeinen bestimmt sich, falls eine Mehrheit von Leistungen für einen Teil daraus entspringt, nach dem für die Hauptleistung geltenden Erfüllungsort.

b) RG. JW. **03** 175: Wenn für einzelne in ein Kontokorrent aufgenommene Ansprüche der besondere Gerichtsstand des § 29 begründet ist, so kann das Bestehen des Kontokorrent-Verhältnisses und die Ziehung und Anerkennung des Saldos an dieser Gerichtszuständigkeit nichts ändern.

2. Im einzelnen.

a) Klagen auf Aufhebung. Weismann I 96: Bei den Klagen auf Aufhebung eines Vertrags ist zu unterscheiden: wird die Aufhebung verlangt wegen Nichterfüllung oder wegen eines Mangels der Leistung des Beklagten (wie bei der Wandelungsklage), so ist die Verpflichtung des Beklagten der nächste Gegenstand des Streites; in den übrigen Fällen ist die eigene Verpflichtung des Klägers, von welcher er frei werden will, als die streitige Verpflichtung anzusehen.

b) Wandelungsklage. S. JDR. 1 § 28 ZPO. Ziff. 1 und 2, und JDR. 2 Ziff. 3c zu § 467 BGB.).

α. **RG. 55** 105 ff.; (s. JDR. 2 Ziff. 8g zu § 269 BGB.): Da die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises im allgemeinen nach dem Rechte des nach § 269 BGB. hierfür gegebenen Erfüllungsorts zu beurteilen ist, so muß dies auch von den sich wesentlich auf diese Zahlungspflicht beziehenden Wandelungsansprüchen des Käufers gelten. Ebenso:

β. **RG. 57** 12, JW. **04** 177: Wenn auf Grund der Wandelung eines Kaufes die Zurücknahme der gelieferten Sache und Ersatz der verauslagten Frachtkosten begehrt wird, so ist hinsichtlich des Gerichtsstandes nicht der im Vertrage für Lieferung und Zahlung vereinbarte Erfüllungsort maßgebend; vielmehr ist die den Klagegegenstand bildende Rücknahme- und Ersatzpflicht als Haupt- und Nebenverpflichtung gemäß § 269 BGB. einheitlich da zu erfüllen, wo es die Natur des Schuldverhältnisses erfordert, nämlich wo die Sache auf Grund des Vertrags zur Zeit der Klagerhebung sich befunden hat.

c) Minderungsklage.

RG. JW. **02** 604: Bei der Minderungsklage ist Erfüllungsort der Wohnsitz des Verkäufers. Ein anderer Erfüllungsort kann sich bei der Wandelungsklage nur um deswillen herausstellen, weil der zur Rückgabe der Ware erbötige Wandelungskläger bis zur Rückgabe des Kaufpreises regelmäßig zugleich ein Zurückbehaltungsrecht an der Ware geltend macht und damit, indem er Zug-um-Zugleistung fordert, den beklagten Verkäufer nötigt, ausnahmsweise am Lagerungsorte der Ware zu zahlen.

d) Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

α. **RG.** JW. **03** Beil. 138, Nr. 304: Der Anspruch des Verkäufers auf Schadensersatz ist ein einheitlicher, es kann für ihn nur einen Erfüllungsort und nur einen Gerichtsstand geben, es kann also nicht, wenn der Verkäufer Auslagen wegen Verweigerung der Abnahme und außerdem entgangenen Gewinn fordert, für den einen Anspruch ein anderer Erfüllungsort bestehen als für den anderen.

Welches Gericht zuständig ist, richtet sich nach den Umständen des Falles, insbesondere nach der Begründung der Klage.

β. SächsOLG. **25** 368: Streitige Verpflichtung im Sinne des § 29 ist nicht die aus einem Vertrag erwachsene Entschädigungspflicht, sondern die ursprüngliche Verpflichtung, wegen deren Nichterfüllung Entschädigung verlangt wird. Die Pflicht zur Interesseleistung bildet nur den Ersatz für die ursprüngliche Verpflichtung.

e) **RG. 56** 138, JW. **03** 431: Bei negativer Feststellungsklage des Käufers auf Feststellung, daß der Kauf nicht zustande gekommen ist, wird der Erfüllungsort durch die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises, nicht durch die Verpflichtung zur Abnahme bestimmt.

f) OLG. **6** 379 (KG.): Für die Gebühren der Notare ist weder aus § 641, noch aus § 25 der preuß. GebO. für Notare vom 25. Juni 1895 ein von der Regel des § 269 BGB. abweichender Erfüllungsort zu entnehmen.

g) **RG.** JW. **03** Beil. 137, Nr. 301, R. **03** 607 Nr. 3113: Bei vereinbarter Zahlung durch Überweisung auf ein Girokonto ist der Ort, wo die Buchung auf das Konto zu erfolgen hat, nicht der Ort der Einzahlung Erfüllungsort.

3. Regreßklagen gegen Aufsichtsratsmitglieder.

Bondi, DJZ. **03** 246: Der Sitz der Gesellschaft ist für Aufsichtsratsmitglieder nicht der Erfüllungsort, so daß die Regreßklage als Klage auf Ent-

schädigung wegen Nichterfüllung daselbst erhoben werden könnte. Es greift vielmehr auch hier BGB. § 269 ein.

4. Vereinbarung eines Erfüllungsorts. (IDR. 2 Ziff. 7 zu § 269 BGB.)

a) RG. IW. 03 431: Der Randvermerk auf einem Kostenanschlag „Erfüllungsort H." begründet bei widerspruchsloser Annahme keine stillschweigende Vereinbarung eines besonderen Erfüllungsorts.

b) RG. R. 03 44 Nr. 221: Ebensowenig kann der Umstand, daß in einer längeren Geschäftsverbindung die von dem Verkäufer dem Käufer übersandten früheren Rechnungen den Vermerk enthielten, daß die Ware an dem Wohnort des Verkäufers zahlbar sei, bezüglich einer späteren Bestellung für die Annahme einer Vereinbarung des Erfüllungsorts und folgeweise die örtliche Zuständigkeit des Gerichts dieses Ortes verwertet werden. Da der Vermerk nach ständiger Rechtsprechung des RG. für die früheren Geschäfte bedeutungslos war, so kann er nicht für eine neue Bestellung eine Bedeutung gewinnen, und der Empfänger der Rechnung, welcher bei den früheren Geschäften den Vermerk nicht zu beachten brauchte, muß ihn nicht bei der Eingehung des neuen Geschäfts beachten.

c) RG. 57 409, IW. 04 341: Vereinbarung eines Erfüllungsorts ist in einem einseitigen Fakturavermerk dann enthalten, wenn die betreffende Faktura dem Käufer zugleich mit dem von ihm verlangten Bestätigungsschreiben des Verkäufers (über das mit dem Reisenden des Verkäufers) geschlossene Geschäft zugesandt wird.

§ 32. 1. Allgemeines.

OLG. Hamburg, HansGerZ. 03 Beibl. 105: Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung ist nicht nur dann begründet, wenn der Beklagte selbst die Handlung begangen hat, sondern auch dann, wenn er für die zivilrechtlichen Folgen einer unerlaubten Handlung aufzukommen hat.

2. Unerlaubte Handlung.

a) BayObLG., R. 03 106 Nr. 518, OLG. Rostock, MecklZ. 21 227: Für eine Klage aus § 717 Abs. 2 ZPO. ist nicht der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gegeben. Eine unerlaubte Handlung liegt nur dann vor, wenn nicht nur die Handlung als solche widerrechtlich ist, sondern auch die Verantwortlichkeit des Handelnden in einem bestimmten Verschulden ihren Grund hat. IDR. 1 Ziff. 1 zu § 32.

Die Klage aus § 717 Abs. 2 wird auch dann nicht zu einer Klage aus einer unerlaubten Handlung, wenn tatsächlich der Beklagte schuldhaft gehandelt hat, weil für die Begründung der Klage hierauf nichts ankommt.

b) Weismann I 97/98: Die Anfechtungsklagen entspringen sämtlich nicht aus unerlaubten Handlungen, vielmehr ist der gemeinsame wesentliche Grund aller dieser Klagen die bloße Tatsache der Verkürzung der Gläubiger.

c) OLG. 7 182 (Stuttgart): Vertragsverletzungen sind keine unerlaubten Handlungen. Ebenso ist der Untersagungsanspruch des Patentberechtigten gegen denjenigen, der ohne Fahrlässigkeit das Patent verletzt hat, kein Anspruch aus einer unerlaubten Handlung.

Wohl aber ist eine Klage aus § 6 UWG. eine Klage aus unerlaubter Handlung.

d) LG. Darmstadt, Buschs Z. 31 89: Nicht unter § 32 fällt die Schadensersatzklage des § 945.

3. Ort. RG. IW. 03 63: Wenn der Tatbestand eines einheitlichen Delikts sich auf mehr als einen Ort erstreckt, so gilt die unerlaubte Handlung nicht bloß an dem Orte, an dem sie als Rechtsverletzung zur Wirkung kommt, sondern an jedem Orte als begangen, an dem eine der den Tatbestand bildenden

Voraussetzungen eingetreten ist. Wird daher durch Abfassung und Absendung eines Briefes eine eine Schadensersatzpflicht begründende unerlaubte Handlung begangen, so sind der Ort der Aufgabe und der Ort der Empfangnahme als Ort der Begehung anzusehen.

Bei Verschiedenheit der Rechte kommt das Recht zur Anwendung, das die geringere Anforderung stellt.

§ 33. 1. Im allgemeinen.

Weismann I 481: § 33 normiert nicht bloß den Gerichtsstand, sondern überhaupt die Zulässigkeit der Widerklage (s. jedoch JDR. **1** zu § 33).

Ein Mangel in den Voraussetzungen der Widerklage ist heilbar.

2. Widerklagen gegen Widerklagen zulässig?

Nach OLG. Jena, ThürBl. **50** 100 sind Widerklagen gegen Widerklagen unzulässig. Das soll auch für Ehesachen gelten.

Dagegen Weismann I 480: Weil die Widerklage gleichfalls eine Klage ist, so ist wiederum ihr gegenüber eine neue Widerklage von seiten des Klägers und Widerbeklagten möglich.

3. Zusammenhang.

a) Weismann I 478: Ein Zusammenhang ist vorhanden, wenn dem Gegenanspruche wesentliche tatsächliche Voraussetzungen mit dem Klaganspruche oder mit den dagegen vorgebrachten Verteidigungsmitteln gemeinsam sind.

b) **RG.** JW. **03** 45: Der auf Räumung verklagte frühere Miteigentümer eines Grundstücks erhebt Widerklage auf Wiedereinsetzung in das Miteigentum des inzwischen subhastierten Grundstücks. Die Widerklage ist zulässig, weil der Beklagte die mit der Widerklage erstrebte rechtliche Stellung zugleich als Verteidigungsmittel gegenüber der Klage verwertet.

OLG. Hamburg, DJZ. **04** 415: Aufrechnung ist ein zulässiges Verteidigungsmittel, daher, auch wenn nach § 302 verfahren ist, die damit zusammenhängende Widerklage statthaft.

4. Kosten.

BadRspr. **03** 126, OLG. **7** 287 (Karlsruhe): Artikel 12 des Hager Abkommen vom 14. November 1898 ist auf die Kosten der Widerklage anwendbar.

5. Widerklage und Klagerweiterung gegen Österreicher.

AG. Mannheim, DJZ. **03** 246 rät von Erhebung einer Widerklage gegen den in Deutschland klagenden Österreicher ab, da wegen der mangelnden Zustellung der Widerklage die Vollstreckung in Österreich ausgeschlossen sei. Es empfehle sich die Anstrengung einer besonderen Klage.

Dagegen Pollak das. 365: Die Bedenken Mannheims sind ungerechtfertigt. Durch die österreichische Verordnung vom 10. Dezember 1897 ist die Gegenseitigkeit verbürgt.

§ 34. 1. **RG. 58** 109, JW. **04** 362: Der § 34 bezieht sich nicht bloß auf den eigentlichen Prozeßbevollmächtigten, sondern auf jeden für die Partei tätig gewordenen Anwalt, insbesondere also auch auf den Korrespondenzmandatar.

OLG. **7** 272 (Kiel): Der § 34 ist seinem Wortlaute nach nicht auf Klagen gegen die Partei selbst beschränkt, ist vielmehr auch bei Klagen gegen den Bürgen der Partei anwendbar.

2. *Riedinger, Der Besitz an gepfändeten Sachen 33: Aus der Vorschrift des § 34 folgt nicht, daß dem Gerichtsvollzieher der Rechtsweg wegen seines Gebührenanspruchs reichsrechtlich gewährleistet ist. § 34 trifft nur eine Bestimmung für den Fall, daß er ihm landesrechtlich gegeben ist. In Preußen werden die Gebühren nur im Verwaltungszwangsverfahren beigetrieben.

§ 36. Ziff. 3. *Arend, Parteiqualität der offenen Handelsgesellschaft 43: Das Wort „Personen" umfaßt nicht nur physische und juristische Personen,

also Personen im Sinne des materiellen Rechtes, sondern auch solche Parteien, welche nicht Person sind, z. B. die offene Handelsgesellschaft; es ist prozeßrechtlich zu denken.

Ziff. 3. Bondi, DJZ. 03 397 ff: Die Vorschrift ist für Regreßklagen gegen Aufsichtsratsmitglieder, die in verschiedenen Gerichtsbezirken wohnen, anwendbar.

Ziff. 6. **RG. 54** 206, JW. **03** 175: Der § 36 Nr. 6 ist unmittelbar auch auf das Vollstreckungsverfahren anwendbar. Der Ausdruck „Rechtsstreit" im § 36 Nr. 6 umfaßt auch das Vollstreckungsverfahren.

Dritter Titel. Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte.

Vorbemerkung: In den wenigen, zu diesem Titel ergangenen Entscheidungen handelt es sich fast ausschließlich um die Frage, ob der vereinbarte Gerichtsstand ein ausschließlicher ist. Bemerkenswert ist, daß nach Weismann der § 274 Abs. 2 auch auf die Unzuständigkeitseinrede anwendbar ist. Der Ansicht dürften sehr erhebliche Bedenken entgegenstehen.

§ 38. Die in der Literatur strittige Frage (vgl. Gaupp-Stein Anm. 8 zu § 38), ob die Vereinbarung eines Gerichtsstandes die Ausschließlichkeit des vereinbarten Gerichtsstandes nach sich zieht, wird in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung in den folgenden Entscheidungen im verneinenden Sinne beantwortet:

a) **RG.** JW. **03** 45: Eine Vermutung für die Ausschließlichkeit des vereinbarten Gerichtsstandes besteht nicht.

b) **RG.** JW. **03** 46: Es kann aber jedenfalls die Ausschließlichkeit des auf Vereinbarung beruhenden Gerichtsstandes vertragsmäßig festgesetzt werden.

c) OLG. **6** 382 (KG.): Ob durch die Vereinbarung der Zuständigkeit das vereinbarte Gericht ausschließlich zuständig sein soll oder ob durch diese Vereinbarung nur neben den durch das Gesetz als zuständig bestimmten Gerichten noch die Zuständigkeit eines vereinbarten Gerichts begründet werden soll, ist aus dem Parteiwillen zu entscheiden.

(In dem betreffenden Falle war die Zuständigkeit der „Berliner Gerichte" vereinbart worden. Das KG. nahm an, daß nach dem Willen der Parteien die Zuständigkeit des gesetzlich zuständigen Charlottenburger Amtsgerichts ausgeschlossen sein soll.)

d) OLG. **7** 274 (Stettin): Die Vereinbarung eines Gerichtsstandes hat noch nicht zur Folge, daß der Gerichtsstand ausschließlich sei und daß die Vereinbarung beide Teile binden soll. Der Wille kann auch dahin gehen, daß die Vereinbarung eine bloß zulässige sein und nur den einen Teil binden soll; was im einzelnen Falle gemeint ist, hängt von den Umständen ab und ist Auslegungssache.

e) OLG. **6** 384 (Colmar): Die Vereinbarung eines besonderen Gerichtsstandes kann auf die Zuständigkeit eines unter mehreren konkurrierenden Gerichtsständen als ausschließlichen oder auf einen mit den gesetzlichen Gerichtsständen konkurrierenden Gerichtsstand, auch auf ein Gericht des Auslandes gerichtet werden und bewirkt dann, wenn sie als ausschließlich gewollt ist, die Unzuständigkeit der deutschen Gerichte. Ob die ausschließliche oder konkurrierende Zuständigkeit gewollt ist, ist Tatfrage. Ausschließlichkeit des ausländischen Gerichtsstandes ist jedenfalls dann nicht beabsichtigt, wenn nicht der inländische Beklagte, sondern der im Auslande wohnhafte und dort sein Geschäft betreibende Kläger und Gläubiger das alleinige Interesse daran hat, sein Recht vor dem Gerichte seines Wohnorts zu nehmen, gerade dieser aber, ungeachtet der zu seinen Gunsten aufgenommenen Gerichtsstandsvereinbarung, vor dem Gericht des Wohnorts des Beklagten klagt und sich dadurch zu deren Auffassung in dem

Sinne bekennt, daß er zwar das Recht, aber nicht die Pflicht habe, seinen Anspruch vor dem Gericht seines Wohnorts zu verfolgen (s. u. Ziff. h).

f) **RG.** JW. **03** 46: Insbesondere ist der gutgläubige Wechselerwerber an die zwischen dem ursprünglichen Geber und Nehmer des Wechsels getroffene und in den Text der Wechselurkunde aufgenommene Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstandes mindestens nur unter der Voraussetzung gebunden, daß die Vereinbarung der Ausschließlichkeit ohne weiteres für den Wechselerwerber klar erkennbar ist.

g) OLG. Karlsruhe, R. **04** 315 1417: Die Klausel der Versicherungspolize, wonach die (ausländische) Versicherungsgesellschaft sich für alle Streitigkeiten aus dem Versicherungsvertrag dem Gericht des Wohnorts des (inländischen) Generalagenten unterwirft, begründet keinen ausschließlichen prorogierten Gerichtsstand. Ebensowenig würde diese Klausel, selbst wenn man darin einen statutarischen Gerichtsstand (§ 17 Abs. 3) erblicken wollte, einen (inländischen) Wohnsitz i. S. des § 23 begründen. Der Gerichtsstand des Vermögens ist daher bei ausländischen Versicherungsgesellschaften trotz jener Klausel möglich.

h) Weismann I 100: Die Vereinbarung kann darauf gehen, daß das Gericht ausschließlich oder daß es neben dem gesetzlich unzuständigen Gericht zuständig werden soll. Das erstere ist so sehr die Regel, daß im Zweifel der Vertrag in diesem Sinne auszulegen sein wird.

§ 39. 1. Nach Weismann I 100 kann der Beklagte auf Grund des § 274 Abs. 2 auch die Einrede der Unzuständigkeit trotz der Vorschrift im § 39 nachträglich vorbringen. Vgl. hierzu Gaupp-Stein Note 8 zu § 39.

2. OLG. **6** 409 (Braunschweig): Eine mündliche Verhandlung zur Hauptsache liegt nicht schon dann vor, wenn der Beklagte den Antrag auf Klagabweisung verlesen hat, denn jede mündliche Verhandlung beginnt mit Stellung der Parteianträge. Die Richtung der mündlichen Verhandlung kann sich oft bei Begründung der Anträge zeigen.

§ 40. OLG. **7** 274 (Stettin): Der „ganze zukünftige Geschäftsverkehr" ist kein bestimmtes Rechtsverhältnis im Sinne des § 40.

Vierter Titel. Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen.

Vorbemerkung: Hervorzuheben ist aus den nachfolgenden Entscheidungen **RG.** **53** 4. Daß in diesem Falle eine Ausschließung kraft Gesetzes nicht eintritt, ergibt schon der Wortlaut des § 41 Nr. 6. Nicht ganz so einwandfrei erscheint die grundsätzliche Verneinung der Befangenheit.

§ 41. 1. Bendix, DJZ. **03** 522, erachtet eine Ergänzung des § 41 für erforderlich. Nach geltendem Rechte kann der Vormundschaftsrichter in derselben Sache, in der er die Klagerhebung genehmigt hat, auch Prozeßrichter sein. Es ist eine gesetzliche Bestimmung erforderlich, wonach ein Richter kraft Gesetzes in den Sachen ausgeschlossen ist, in denen er eine Partei zur Klagerhebung bestimmt hat oder bei deren Prozeßführung er durch seinen Rat mitgewirkt hat.

2. Nr. 1. *Arend, Parteiqualität der offenen Handelsgesellschaft 34 f.: Trotz der Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft muß ein Richter, der Gesellschafter einer klagenden offenen Handelsgesellschaft ist, als „Mitberechtigter" angesehen werden. Man kann nicht mit dem **RG.** **7** 312 „eine solche Gestaltung der Sachlage, daß der Richter für seine Person in die Lage kommen kann, in der Sache zu klagen" fordern.

3. Nr. 6. Über den Zweck der Vorschrift sagt **RG.** JW. **03** 289: Der Zweck der Vorschrift im § 41 Nr. 6 ist nur der, zu verhüten, daß ein Richter, der in einer unteren Instanz an der Urteilsfindung teilgenommen hat, in der höheren Instanz als erkennender Richter mitwirkt, weil anzunehmen ist,

daß einem solchen Richter die erforderliche Unbefangenheit für die Beurteilung des angefochtenen Erkenntnisses fehlt.

a) **RG.** JW. **03** 289: An der Urteilsfindung nimmt aber ein Richter nicht teil, der bei Erlassung eines Beschlusses auf Vernehmung von Zeugen mitwirkt oder Zeugen vernimmt. Es ist nicht abzusehen, weshalb die Vornahme einer Beweishandlung den Richter für die neue Instanz untauglich machen sollte.

b) **RG.** JW. **02** 543: Ebenso wirkt ein Richter, der bloß bei der Urteilsverkündung mitwirkt, dessen Tätigkeit sich also darauf beschränkt, die Verkündung eines schon anderweit beschlossenen Urteils mit anzuhören, nicht bei der Erlassung der Entscheidung mit.

c) **RG. 53** 4, R. **03** 48, JW. **02** 63: Ein Richer ist nicht deswegen von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen, weil er bei Erlassung des Berufungsurteils mitgewirkt hatte, jetzt aber Mitglied desjenigen anderen Senats ist, an den die Sache unter Aufhebung des Berufungsurteils auf Grund des § 565 Abs. 1 ZPO. zurückverwiesen worden ist.

§ 42. 1. Ablehnung des Gerichts selbst. **RG.** JW. **05** 64, Gruchots Beitr. **48** 388: Ein Ablehnungsgesuch, das sich nur der Form nach gegen die Mitglieder des Gerichts richtet, der Sache nach aber gegen das Gericht selbst, ist unstatthaft.

2. Nicht ernstgemeintes Ablehnungsgesuch. **RG.** JW. **04** 64, Gruchots Beitr. **48** 388: Ist ein Ablehnungsgesuch überhaupt nicht ernst gemeint, stellt es sich vielmehr als Versuch dar, unter dem bloßen Vorgeben einer auch nicht einmal in der Einbildung des Ablehnenden bestehenden Befangenheit die Erledigung des Prozesses im ordentlichen Geschäftsgange hinzuhalten und die Tätigkeit der Gerichte zu vereiteln, so ist es zulässig, das Gesuch unter Mitwirkung auch der von der Ablehnung mit betroffenen einzelnen Richter von der prozessualen Behandlung in dem durch §§ 44 ff. ZPO. vorgeschriebenen Verfahren auszuschließen.

3. **RG.** JW. **03** 382²: Durch die bloße Ablehnungserklärung der Partei hört der abgelehnte Richter noch nicht auf, Richter zu sein. Die Beendigung der Funktionsfähigkeit hat ihren Grund nicht in der Parteierklärung, sondern in dem die Ablehnung für begründet erklärenden Gerichtsbeschlusse.

§ 43. Weismann I 328: Durch Einreichung der Klagschrift bei Gericht zum Zwecke der Terminsbestimmung geht das Ablehnungsrecht nicht verloren. Ebenso ist es auch unschädlich für die Partei, wenn sie an Stelle des ursprünglich auf die Klage anberaumten, aber aufgehobenen Termins einen anderen beantragt.

§ 44. **RG.** JW. **04** 474: Ein Ablehnungsgesuch, das von dem Prozeßbevollmächtigten im Namen und auf Veranlassung der wegen Geisteskrankheit entmündigten Partei abgegeben wird, ist unbeachtlich, da die Erklärungen eines Entmündigten für den Prozeß ohne jede Bedeutung sind.

Zweiter Abschnitt. Parteien.

Erster Titel. Parteifähigkeit. Prozeßfähigkeit.

Vorbemerkung: Unter den zu diesem Titel ergangenen Entscheidungen interessiert besonders **RG. 53** 239 über die Vertretung des Militärfiskus. — Hellwigs Ansicht, daß den nicht rechtsfähigen Vereinen volle Parteifähigkeit auch nach geltendem Rechte zuerkannt werden müßte, dürfte (leider!) in der Praxis keine Billigung finden. Immerhin beweisen seine Ausführungen aufs neue, wie verfehlt diese Halbheit einer „passiven Parteifähigkeit“ ist. — Aus der Literatur ist der scharfsinnige Aufsatz von Salinger (zu § 56) hervorzuheben.

§ 50. I. Abs. 1. 1. Weismann I 75: Parteifähigkeit ist die Fähigkeit, Partei eines zivilprozessualen Verfahrens zu sein. Eine für einen Parteiunfähigen erhobene Klage ist prozessualisch unwirksam, ist als unstatthaft abzuweisen. Parteifähig ist die Konkursmasse, die Zwangsverwaltungsmasse, der Nachlaß.

2. Über Parteien, Parteifähigkeit und Parteibegriff im Verwaltungsstreitverfahren nach dem Landesverwaltungsgesetze hat *Schultzenstein, VerwA. **12** 112—190, gehandelt, einerseits mit Berücksichtigung des Zivilprozeßrechts, andererseits wegen der nahen Verwandtschaft des Verwaltungsstreitverfahrens mit dem Zivilprozeß auch mit der Möglichkeit einer teilweisen Benutzung der Ausführungen für den Zivilprozeß.

3. Parteiunfähigkeit der Leibesfrucht.

SächsOLG. **24** 477: Gegen ein noch ungeborenes Kind kann eine Klage nicht erhoben werden, da ihm noch die Rechts- und daher auch nach §§ 50, 51, die Parteifähigkeit fehlte. Die Klage kann folglich auch nicht gegen den für die ungeborene Leibesfrucht bestellten Pfleger erhoben werden. — Die Erstreckung der gegen die Mutter mitgerichtet gewesenen Klage auf das inzwischen geborene Kind in der Berufungsinstanz enthält eine unzulässige Klagänderung.

4. Realgemeinde.

*Kluckhuhn, Recht der Wirtschaftswege rc. 140, 39, 73: Die Realgemeinde, selbst wenn sie sich eine genossenschaftliche Organisation geschaffen hat, kann zur Zeit nur in der Weise nach außen insbesondere als Kläger auftreten, daß alle Mitglieder gemeinsam vorgehen, was bei großen Realgemeinden auf fast unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen muß. Hiernach ist die rechtliche Stellung der Realgemeinden nach außen jetzt eine ungünstigere als früher, wo die Rechtsprechung ihnen vielfach die Stellung eines selbständigen Rechtssubjekts zubilligte. Über die Unhaltbarkeit des heutigen Rechtszustandes s. ebenda § 43.

Die einzelnen Mitglieder einer Realgemeinde sind unzweifelhaft selbständige Rechtssubjekte und als solche rechts- und parteifähig; sie müssen vor Gericht gehört werden, wenn sie das Bestehen ihres Rechtes und dessen Verletzung durch andere gehörig dartun. Hierbei kann das einzelne Mitglied auch rechtliche Schritte zum Schutze des gemeinsamen Vermögens der Realgemeinde tun, um dadurch sein eigenes Anteilsrecht vor Nachteilen zu schützen, soweit es dabei nur nicht die Rechte der anderen Mitglieder benachteiligt. Dies folgt schon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, läßt sich aber auch aus dem zweiten Satze des § 432 BGB. herleiten, wonach jeder von mehreren Gläubigern die Sicherstellung des gemeinsamen Rechtes beanspruchen kann.

Unzweifelhaft ferner können auch mehrere Mitglieder einer Realgemeinde zu einem solchen Schritte als Streitgenossen sich zusammentun, weil sie hierbei im Sinne der §§ 59 u. 60 ZPO. in Rechtsgemeinschaft betreffs des Streitgegenstandes stehen und aus demselben tatsächlichen und rechtlichen Grunde berechtigt sind, zum mindesten aber gleichartige Ansprüche verfolgen würden (142).

5. Offene Handelsgesellschaft.

*Arend, Parteiqualität der oHG. 17: Da § 124 HGB. als Ausnahme von der Regel des § 50 Abs. 1 ZPO. streng zu interpretieren ist, so folgt aus § 124 HGB. nicht die Parteifähigkeit einer ausländischen oHG., die nicht den Bestimmungen der §§ 105—160 HGB. unterworfen ist.

6. Geltendmachung mangelnder Parteifähigkeit.

OLG. Rostock, DJZ. **03** 300: Im Falle einer formell gültigen Klagezustellung ist der Mangel der Parteifähigkeit auf der beklagtischen Seite von einem Prozeßbevollmächtigten geltend zu machen (vgl. Seuffert Anm. 5 zu § 50; Petersen Anm. 7, 12 zu § 50, 13 zu § 56; **RG. 35** 362). Wer in solchem Falle zur Bestellung des Prozeßbevollmächtigten befugt ist, kann nur nach der konkreten

Lage der Verhältnisse bestimmt werden; die Bestellung kann nie von dem Parteiunfähigen ausgehen. — Für einen Verein, eine Gesellschaft oder eine durch einen Bevollmächtigten verwaltetes Zweiggeschäft sind die vereinigten Personen oder der Verwalter nach Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten legitimiert; ist die Parteifähigkeit des Beklagten vor Zustellung der Klage durch seinen Tod erloschen, so muß seinen Erben die Befugnis zugesprochen werden, den Mangel der Parteifähigkeit durch einen Prozeßbevollmächtigten geltend zu machen.

7. Abweisung wegen mangelnder Parteifähigkeit des Beklagten.

RG. 53 239: Existiert die juristische Person, gegen die die Klage gerichtet ist, in Wahrheit nicht, so ist die Abweisung der Klage mit der Begründung auszusprechen, daß dem Kläger ein Beklagter überhaupt nicht gegenübersteht. Unrichtig ist es, die Abweisung auf mangelnde gesetzliche Vertretung zu stützen.

II. Abs. 2. Nicht rechtsfähiger Verein als Kläger.

1. **RG. 57** 90, JW. **04** 178: Die Mitglieder eines zwar korporativ organisierten, jedoch aktiver Parteifähigkeit ermangelnden Vereins müssen sämtlich als Streitgenossen zusammenwirken, um Rechtsverhältnisse des Vereins, dessen Träger eben sie sind, im Aktivprozesse zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen. Der Vorstand, welcher satzunggemäß die Gesellschaft in allen von ihr und gegen sie anzustellenden Rechtsstreitigkeiten mit den dem Prozeßbevollmächtigten nach § 81 zustehenden Befugnissen vertritt, kann in der Klägerrolle nur die Stellung eines gewöhnlichen Prozeßbevollmächtigten haben, nicht dagegen im eigenen Namen, aber für Rechnung der Gesellschaft klagen. Denn hierzu bedürfte es einer Gesetzesvorschrift, an der es dem Vorstand eines Personenvereins unzweifelhaft gebricht.

Die von den vertretenden Vorstandsmitgliedern ausgestellte Prozeßvollmacht ist als solche ausreichend, § 80, es bedarf nicht der Vorlegung einer von der Partei unterzeichneten Vollmachtsurkunde. Ist die Ermächtigung zur gerichtlichen Vertretung der Vereinsmitglieder dem Vorstande durch die Satzungen übertragen, dann bedarf es der Zustimmung der einzelnen Mitglieder zu ihrer Vertretung so wenig, daß selbst ihr Widerspruch die Vertretung nicht hindert.

Dagegen sucht Hellwig I 304ff. — ebenso wie Schultze, JDR. **1** § 50 Ziff. A — den Nachweis zu führen, daß trotz der Bestimmung im § 50 Abs. 2 den nicht rechtsfähigen Vereinen nicht nur die passive, sondern auch die aktive Parteifähigkeit zukomme. Die Ausgestaltung dieser Vereine durch das BGB. ist höchst unvollkommen. Es unterstellt sie prinzipiell dem Gesellschaftsrechte (BGB. § 54), danach würde das Vereinsvermögen nur ein unselbständiges Sondervermögen der Mitglieder sein. Nach KO. § 213 ist aber der Konkurs über das Vereinsvermögen möglich. Darin liegt die deutlichste Anerkennung der materiellen Selbständigkeit des Vereinsvermögens. Beim Fehlen des § 50 Abs. 2 wird angesichts des § 213 KO. niemand an der Selbständigkeit des Vereinsvermögens zweifeln und die Praxis würde jetzt wie früher annehmen, daß die nicht zur Körperschaft gewordenen Vereine sowohl klagen wie verklagt werden können. Die Absicht der Verfasser des § 50 Abs. 2, die Vereine auf die passive Parteifähigkeit zu beschränken, ist im Gesetze selbst nicht zum Ausdrucke gekommen, der übrige Inhalt der ZPO. und der KO. weisen direkt auf das Gegenteil hin. Man muß daher den Mut haben, das Gesetz lediglich nach seinem Inhalt und nicht nach den Materialien zu interpretieren. Gewährt man dem Vereine das Recht der Klage aus § 578 sowie der Widerklage, so geht man schon über das Gesetz hinaus. Mit der Mißgestalt einer halbierten Parteifähigkeit ist nicht auszukommen. Die Theorie darf sich nicht damit begnügen, in dieser Hinsicht die Praxis zur Bildung eines Gewohnheitsrechts contra legem aufzufordern, sondern muß selbst den Mut haben, die volle Parteifähigkeit zu vertreten.

2. Von den erlaubten Privatgesellschaften des ALR. handelt:

a) **RG.** JW. **03** 3: Auch erlaubte Privatgesellschaften des ALR. sind als nicht rechtsfähige Vereine anzusehen.

b) **RG.** JW. **03** 236: Sie haben infolgedessen, sofern sie beklagt sind, die Stellung eines rechtsfähigen Vereins, sie werden durch den Vorstand vertreten und es genügt für die Zustellung der Klage, daß sie an die Vorstandsmitglieder oder auch nur an eines derselben erfolgt.

3. Weismann I 76: Nicht rechtsfähige Vereine können Widerklage und Inzidentfeststellungswiderklage erheben.

*Walsmann, Streitgen. Nebeninterv. 197 f.: Der nicht rechtsfähige Verein kann sowohl zugunsten des Klägers als des Beklagten intervenieren, weil die Nebenintervention stets zur Verteidigung der eigenen Interessen dient.

4. **RG. 54** 297, JW. **03** Beil. 73: Der Anspruch gegen ein Mitglied des Vereins auf Leistung eines Beitrags ist von allen Mitgliedern mit Ausnahme des Schuldners gemeinschaftlich einzuklagen. Dieser Anspruch kann einem Dritten, welcher einen vollstreckbaren Titel gegen den Verein erlangt hat, zur eigenen Einziehung überwiesen werden.

III. Übergang.

Die von Gaupp-Stein, Erl. VIII zu § 50 bejahte, vom **RG.** (vgl. JDR. 1 § 50 Ziff. F 4) verneinte Frage, ob die aktive Parteifähigkeit, die zur Zeit der Klagerhebung nach dem damals geltenden Rechte begründet war, dadurch erlischt, daß der klagende Verein nach den Vorschriften des BGB. zu den nicht rechtsfähigen Vereinen gehört, wird nunmehr auch vom OLG. Frankfurt, R. **03** 158, verneint.

§ 51. Vertretung des Militärfiskus.

RG. 53 239: Abgesehen von dem bayrischen gibt es keinen Landesmilitärfiskus mehr, sondern nur noch einen Reichsmilitärfiskus. Es kann daher auch von einer gesetzlichen Vertretung der Einzelstaaten in den Angelegenheiten des Militärfiskus keine Rede mehr sein; vielmehr können die verschiedenen einzelstaatlichen Militärbehörden, soweit sie zur Wahrnehmung der Rechte des Fiskus bei Rechtsstreitigkeiten berufen sind, immer nur als gesetzliche Vertreter des Reiches in Betracht kommen.

Zur gesetzlichen Vertretung des Reiches in Rechtsstreitigkeiten über Pensionsansprüche der Militärpersonen ist nach § 116 RMilPensG. in Ermangelung einer anderen landesgesetzlichen Bestimmung „die oberste Militärverwaltungsbehörde des Kontingents", in Preußen also das Kriegsministerium berufen.

§ 52. I. Weismann I 77: Prozeßfähigkeit ist die Willensfähigkeit auf dem Gebiete des Zivilprozesses.

II. Über das Verhältnis von Prozeßfähigkeit und Geschäftsfähigkeit handelt eingehend *Breit, Geschäftsfähigkeit 71: Das neue Recht kennt eine besondere Fähigkeit, sich gerade durch Verträge zu verpflichten, nur im Rahmen der §§ 107, 112, 113 BGB. Der § 52 Abs. 1 hätte sonach modernisiert zu lauten: Eine Person ist insoweit prozeßfähig, als sie unbeschränkt geschäftsfähig ist.

Unbeschränktheit der Geschäftsfähigkeit ist für die Prozeßfähigkeit kausal. Aber im übrigen geht die Prozeßfähigkeit ihre eigenen Wege. Sie ist nicht etwa eine Seite der beschränkten Geschäftsfähigkeit, sondern sie ist eine von ihr begrifflich verschiedene Qualität, ihr prozeßrechtliches Gegenstück. Sie bedeutet die Fähigkeit zu dem rein formalen Akte „vor Gericht zu stehen", das Vermögen zur Abgabe von prozeßrechtlichen Willenserklärungen, und zwar unterschiedslos ob im eigenen Interesse, also als selbsthandelnde Partei, oder aber für einen anderen, d. h. als Prozeßvertreter einer fremden Partei. Die Unterscheidung,

ob sich die Handlung auf die eigene oder eine fremde Rechtssphäre bezieht, ist für die Prozeßfähigkeit gleichgültig (ZPO. § 79).

Es gibt nur eine Prozeßfähigkeit; eine Scheidung in beschränkte und unbeschränkte Geschäftsfähigkeit ist der Prozeßordnung fremd. Eine beschränkt geschäftsfähige, sonach prozeßunfähige Person erlangt nicht dadurch, daß der gesetzliche Vertreter zur Prozeßführung seine Einwilligung erteilt, die Fähigkeit, vor Gericht zu stehen; die Prozeßordnung kennt keine Ergänzung mangelnder Prozeßfähigkeit, „kein Prozessieren unter Assistenz, Auktoritas, Konsens eines Dritten". Dagegen gibt es allerdings eine partielle Prozeßfähigkeit einmal: wenn die Person partiell unbeschränkt geschäftsfähig wird, nämlich innerhalb des Rahmens von BGB. §§ 112, 113 und weiter in den besonderen Fällen der ZPO. §§ 612, 641, 664 Abs. 2, 679 Abs. 3. — Wenn man den Begriff „Geschäftsfähigkeit" auch auf juristische Personen beziehen will, so wird doch dadurch an ihrer Prozeßunfähigkeit nichts geändert. Im übrigen ist die Kontroverse, ob die juristische Person prozeßfähig oder prozeßunfähig ist, ebenso überflüssig, wie die über ihre bürgerliche Handlungsfähigkeit.

Er wendet sich weiter gegen die Bezeichnung der partiellen Prozeßfähigkeit als beschränkte Prozeßfähigkeit. Damit wird eine unzutreffende Parallele zur unbeschränkten und beschränkten Geschäftsfähigkeit geschaffen. Dies geschieht bei Gaupp-Stein, Erl. zu § 51. Die allein zutreffende Parallele lautet: unbeschränkte Geschäftsfähigkeit — Prozeßfähigkeit; beschränkte Geschäftsfähigkeit — Prozeßunfähigkeit, event. partielle Prozeßfähigkeit (§§ 112, 113) und Spezialprozeßfähigkeit (ZPO. §§ 612, 641, 664 Abs. 2, 679); Geschäftsunfähigkeit — Prozeßunfähigkeit, event. Spezialprozeßfähigkeit (ZPO. §§ 664, 679 Abs. 3).

Geschäftsfähigkeit und Prozeßfähigkeit haben, von dem dargelegten Kausalverhältnis abgesehen, nichts miteinander zu tun. Es können jedoch die Grundsätze der Geschäftsfähigkeit mit denen der Prozeßfähigkeit kollidieren, und müssen sich alsdann eine einschneidende Modifikation gefallen lassen. Der Grund liegt darin, daß die Prozeßfähigkeit niemals unheilbare Nichtigkeit nach sich zieht. Der gesetzliche Vertreter wie der prozeßfähig gewordene ehemalige Prozeßunfähige können selbst noch in der höheren Instanz die frühere Prozeßführung genehmigen, und damit ist der Prozeß ein von vornherein gültiger. Weiter muß bei den häufig in den Prozeß hineingezogenen Rechtsgeschäften (Anfechtung, Rücktritt, Kündigung, Aufrechnung) der nach den Normen des Zivilrechts begründete Ausschluß der Konvaleszenz solcher von einem Geschäftsunfähigen vorgenommenen Rechtsakte als mit den Grundsätzen des Prozeßrechts unverträglich notwendigerweise zessieren. Wenn also der Vormund die Klagerhebung durch den geisteskranken Mündel ratihabiert, so ratihabiert er wirksam die in der Klagerhebung liegende Mahnung (§ 284). Das gleiche gilt, wenn der Geisteskranke in erster Instanz aufgerechnet hat und der Vormund im Laufe der zweiten Instanz das Verfahren genehmigt.

Diese spezielle Konzession des Zivilrechts gegenüber dem Prozeßrechte darf jedoch nicht zu dem Prinzipe formuliert werden, daß die Herrschaft der bürgerlichen Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit endigt vor den Schranken des Gerichts. Gerade das Gegenteil ist wahr, auch die im Prozesse sich abspielenden privaten Rechtsgeschäfte — z. B. im Laufe des Prozesses geschlossene oder bestätigte Erbverträge (BGB. §§ 2275, 2284) usw. — sind den allgemeinen Bestimmungen über die Geschäftsfähigkeit unterworfen. Rechtsgeschäfte, die der gesetzliche Vertreter überhaupt nicht vornehmen kann, und bei denen seine zivilrechtliche Zustimmung bedeutungslos ist, stehen natürlich auch außerhalb der Prozeßgenehmigung.

III. Über das Verhältnis von Sachlegitimation und Prozeßfähigkeit sagt *Rosenthal, Die Sachlegitimation: Die Partei, i. e., wer in eigenem Namen selbst oder durch Vermittlung anderer ihn vertretender Personen einen Prozeß führt, muß formell Prozeßfähigkeit besitzen, sohin über die Fähigkeit verfügen, in einem Prozeß aufzutreten.

Im Gegensatze zu diesem rein prozessualen Moment bezeichnet man mit Sachlegitimation ein materiell-rechtliches Verhältnis mit prozessualer Wirkung, nämlich diejenige rechtliche Beziehung einer Person zum Gegenstande des erhobenen Anspruchs (§ 253 Ziff. 2 ZPO.), aus welcher die Befugnis folgt, über den Anspruch als Kläger oder Beklagter zu prozessieren. Solche rechtliche Beziehungen sind alle diejenigen, die einer Person einen Anspruch zur Geltendmachung in eigenem Namen geben, so dem Subjekte des Anspruchs, aber auch dem Nießbraucher, dem Manne beim gesetzlichen Güterstand im Verhältnisse zum Vermögen der Frau, ebenso zum Gesamtgut bei Gütergemeinschaft, dem Pfändungspfandgläubiger 2c., bei den Feststellungsklagen genügt zur Passivlegitimation sogar die Gefährdung des Anspruchs; für die Rechtsgestaltungsklagen enthält zum Teil das BGB., zum Teil die ZPO. die Bestimmung der Personen, welche klageberechtigt sind.

Dagegen sind nicht zur Sache legitimiert die Verwalter fremder Vermögen, wie der Testamentsvollstrecker, Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter und Konkursverwalter, weil ihnen zwar ein, größtenteils ausschließliches, Recht bzw. Macht zur Prozeßführung zusteht, dasselbe aber nicht auf einer materiell-rechtlichen Beziehung zum Streitgegenstande begründet ist.

Im Prozesse ist die Sachlegitimation als Teil des Klaggrundes vom Kläger zu beweisen; zu einem besonderen Verfahren über die Sachlegitimation — in Form des sogenannten Zwischenstreits unter den Parteien — kann es in den Fällen der Rechtsnachfolge während des Prozesses kommen.

Verlust der Sachlegitimation infolge Singularsukzession während eines schwebenden Prozesses ist auf denselben ohne Einfluß; das Urteil entscheidet unmittelbar über das Recht des Erwerbers (§ 265 ZPO.).

IV. Prozeßunfähigkeit und Pflegschaft.

RG. 52 223: Prozeßunfähigkeit besteht nur bei geschäftsunfähigen Personen, sowie bei Personen, die in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind. Der Fall der Stellung unter Pflegschaft findet sich als Grund des Aufhörens oder der Einschränkung der Geschäftsfähigkeit des Pflegebefohlenen nirgends erwähnt. Letzterer behält daher die Fähigkeit, sich durch Verträge zu verpflichten, und daher auch die Prozeßfähigkeit. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall des § 53.

OLG. Jena, ThürBl. **50** 209: Die Klagezustellung an eine prozeßunfähige Partei ist nichtig. Durch nachträgliche Genehmigung der Rechtsnachfolger kann die Nichtigkeit geheilt werden, die Rechtsnachfolger können sich aber auch auf die Nichtigkeit der Zustellung berufen. Der Einwand, daß die Rechtsvorgängerin prozeßunfähig gewesen sei, ist aber selbstverständlich nicht mehr die Einrede mangelnder Prozeßfähigkeit.

V. Abs. 2. **RG.** JW. **03** Beil. 147: Die Mitaufführung des Ehemanns im Klagerubrum („im Beistande seiner Ehefrau") ist bei bestehender Verwaltungsgemeinschaft dahin auszulegen, daß damit nur die zur Aktivlegitimation im Sinne vom BGB. § 1400 Abs. 2 notwendige Zustimmung des Mannes kenntlich gemacht werde.

VI. Übergang.

RG. Gruchots Beitr. **47** 998, JW. **03** Beil. 50: Eine vor dem 1. 1. 00 verheiratete minderjährige Haustochter wird in Prozessen, die nach dem Inkrafttreten des BGB. und der ZPO. gegen sie erhoben werden, nicht gemäß § 1626

BGB. durch ihren Vater vertreten, sie ist vielmehr nach § 52 Abs. 2 prozeßfähig. Der nach gemeinem Rechte mit der Eheschließung verbundene Austritt aus der elterlichen Gewalt war ein endgültiger und die rechtliche Stellung der Frau blieb — jedenfalls solange die Ehe fortdauerte — ungeschmälert dieselbe, wie wenn sie schon bei Beginn der Ehe volljährig gewesen wäre.

§ 54. Der Vergleich eine Prozeßhandlung?

Die alte, für das frühere Recht bereits von **RG. 19** 362 verneinte Streitfrage, ob unter die Prozeßhandlungen des § 54 auch der gerichtliche Vergleich fällt, wird nunmehr auch für das neue Recht vom **RG. 56** 333 (JW. **04** 117) verneint.

Unter den Prozeßhandlungen des § 54 sind nur solche Handlungen zu verstehen, die dem Betriebe des Verfahrens unmittelbar angehören. Der Umstand, daß der gerichtlich abgeschlossene Vergleich, von seiner äußeren Gestalt aus betrachtet, die Kriterien einer Prozeßhandlung an sich tragen würde, nötigt nicht dazu, ihn in seiner Totalität als eine Prozeßhandlung im Sinne des Gesetzes aufzufassen. Entscheidend muß vielmehr sein innerer Kern bleiben, dementsprechend er sich als ein privatrechtlicher, durch die Form in dieser seiner Eigenschaft nicht veränderter Dispositionsakt darstellt.

Ebenso OLG. **7** 122 (Dresden): Prozeßvergleiche über mehr als 300 M. bedürfen der Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts. Auch der gerichtlich verkündete Vergleich, wenn er auch schon durch besondere Vorschrift dem Urteile gleichsteht, ist nicht minder ein Vertrag als der außergerichtliche Vergleich, für den deshalb alle Vorschriften des bürgerlichen Rechtes über die Erfordernisse der Geschäftsfähigkeit und Verfügungsbefugnis maßgebend sind.

§ 56. I. Abs. 1. 1. **RG.** JW. **03** 3: Die Prüfung der Legitimation der gesetzlichen Vertreter erfordert Angabe derselben nach Namen, Stand und Wohnort (§ 313 Nr. 1 ZPO.). Der Vermerk „vertreten durch ihren Vorstand" genügt nicht.

RG. JW. **03** Beil. 64: Die Legitimation eines Pflegers zur Prozeßführung ist auf Grund der Bestellungsurkunde zu prüfen. Ob die Bestellung auf Grund der Vorschriften des BGB. rechtmäßig geschehen ist, hat das Prozeßgericht nicht nachzuprüfen.

2. Von der Prüfung der Legitimation des gesetzlichen Vertreters durch das Prozeßgericht handelt Salinger, KGBl. **04** 25ff.: Um der Vorschrift des § 56 gerecht zu werden, müssen sich die Gerichte notwendig auch mit der Prüfung der gesetzlichen Vertretung befassen. Daran hält die Praxis auch fest. Sie begeht aber den Fehler, daß sie die Fälle, in denen die Prüfung der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters in Frage kommt, nicht nach einem bestimmten Prinzip und darum nicht gleichmäßig behandelt. Die Vorschrift des § 56 erfordert jedoch grundsätzlich eine einheitliche Behandlung. Unbedingt nachzuprüfen ist, ob der auftretende gesetzliche Vertreter unter den gegebenen Tatumständen nach dem Gesetze der berufene gesetzliche Vertreter ist. Anders steht es mit der Tatfrage. Die für die Vertretungsbefugnis in Betracht kommenden tatsächlichen Umstände sind dagegen nur insoweit nachzuprüfen, als Zweifel auftauchen.

Dem Prozeßgerichte steht keine Prüfung darüber zu, ob eine angeordnete Vormundschaft als Pflegschaft zu Recht besteht oder nicht. Es hat sich auch dabei zu bescheiden, wenn das Vormundschaftsgericht, nachdem zur Beseitigung des Legitimationsmangels der Partei gemäß § 56 Abs. 2 eine Frist gestellt ist, die Anordnung der Vormundschaft oder Pflegschaft ablehnt.

3. Prozeßunfähigkeit und Prozeßvollmacht.

OLG. Jena, ThürBl. **50** 209: Die prozeßunfähige Partei kann trotz ihrer Prozeßunfähigkeit sich gegen die Klage verteidigen und mit Wirkung für den

Prozeß eine Prozeßvollmacht erteilen. Denn das Gesetz gestattet ja die „Einrede der Prozeßunfähigkeit", diese muß also auch der prozeßunfähigen Partei zustehen und im Prozesse auch durch Einspruch oder Rechtsmittel geltend gemacht werden können. Diese Verteidigungshandlungen der prozeßunfähigen Partei gelten also insoweit als wirksam, als sie zur formellen Fortführung des Prozesses notwendig waren.

4. Schneider, R. **03** 111: Die auf Veranlassung des nach Zustellung des erstinstanzlichen Urteils entmündigten Klägers eingelegte Berufung wird durch nachträgliche Genehmigung und Vollmachterteilung des Vormundes wirksam.

II. Abs. 2. OLG. Frankfurt, R. **03** 266: Wenn nach § 56 Abs. 2 eine Frist zur Behebung des Mangels der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters gesetzt worden ist, so kann die Feststellung, daß sie fruchtlos verstrichen sei, nur auf Grund einer erneuten mündlichen Verhandlung, in der beiden Parteien Gelegenheit zur Äußerung gegeben wurde, erfolgen. Die Verkündung des die Klage „wie angebracht" abweisenden Urteils sogleich nach Ablauf der Frist ist unzulässig.

§ 58. Weismann I 80: Es fehlt im Falle des § 58 nicht bloß an einer prozeßfähigen, sondern es fehlt überhaupt an einer Partei, die verklagt werden könnte: weder ist der Vertreter selbst Partei (so Gaupp-Stein), noch ist er Vertreter des Eigentums am Grundstück (Hellwig).

Zweiter Titel. Streitgenossenschaft.

Literatur zum 2. und 3. Titel: Walsmann, Streitgenössische Nebenintervention. Leipzig 1905.

§§ 59 ff. 1. Streitgenossenschaft im allgemeinen.

Franke, R. **03** 11 führt aus: Jede Streitgenossenschaft ist eine Gesellschaft im Sinne des BGB.: sie ist als auf Vertrag beruhend anzusehen, da im Sinne des § 705 BGB. jedes irgendwie erklärte Einverständnis Vertrag ist. Infolgedessen kann durch dem zivilrechtlichen Grundsatz entsprechende Verteilung der Aufwendungen die im streitgenössischen Prozesse ergangene Kostenverteilung eine Ausgleichung erfahren.

2. Streitgenossenschaft und Rechtskollision.

RG. JW. **04** 452: Wenn nach Zustellung der Klage eine dritte Person als Kläger neu in den Rechtsstreit eintritt, so kann dies in der Weise und zu dem Zwecke geschehen, daß sie an Stelle des ursprünglichen Klägers die Führung des Rechtsstreits übernimmt; das ist der Fall des § 265 Abs. 2 ZPO. Oder aber sie tritt der bisherigen Klagepartei als Streitgenosse bei (§§ 59, 60 ZPO.), sei es, daß die mehreren Kläger nunmehr den Klaganspruch gemeinschaftlich zur gesamten Hand, oder nach Bruchteilen oder in quantitativer Teilung, oder als Gesamtgläubiger (§ 428 BGB.), oder als mehrere Gläubiger einer unteilbaren Leistung (§ 432 BGB.) geltend machen, oder aber selbständig nebeneinander den ganzen Anspruch erheben derart, daß er nur dem einen oder dem andern zustehen soll. In letzterem Falle liegt materiell-rechtlich nicht eine Rechtsgemeinschaft, sondern eine Rechtskollision vor, die eine gemeinschaftliche Verfolgung des Anspruchs in einem und demselben Rechtsstreit jedoch nicht hindert, sofern die mehreren klagenden Streitgenossen nur aus demselben tatsächlichen und rechtlichen Grunde berechtigt sind (§ 59 ZPO.), oder ihre Ansprüche gleichartig sind und auf einem im wesentlichen gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhen (§ 60 ZPO.). In welcher von diesen Richtungen der Ein- und Beitritt des neuen Klägers erfolgt, muß sich aus den Anträgen und dem sie begründenden Vortrage der Kläger ergeben.

3. Über Mitglieder einer Realgemeinde als Streitgenossen s. o. Ziff. 4 zu § 50 ZPO. (Kluckhuhn).

§ 59. Allgemeines.

KGBl. **04** 30: Unerheblich ist für die Zulässigkeit einer Streitgenossenschaft, ob die Ansprüche der Kläger begründet sind: entscheidend sind allein die Behauptungen der Kläger.

§ 60. Gleichartige Ansprüche:

KGBl. **04** 30 (KG.): Eigentümer und unmittelbarer Besitzer können im Interventionsprozeß als Streitgenossen klagen. Trotz Verschiedenheit des zivilistischen Grundes verfolgen beide Ansprüche denselben Zweck, die Beseitigung des von dem Beklagten beanspruchten Pfändungspfandrechts. Wie sie als Eigentümer und als unmittelbarer Besitzer an dem Pfandgegenstande in einer Rechtsgemeinschaft stehen, so befinden sie sich auch in der gemeinschaftlichen Abwehr des von dem Beklagten durch die Pfändung gegen ihr Rechtsgut erhobenen Angriffs in einer gleichen Lage, und ihren beiden Ansprüchen steht eine gemeinsame gleichartige Beziehung zu demselben Rechtsverhältnisse zur Seite.

§ 61. Rechtsfolgen der Rechtsmitteleinlegung durch einen nicht notwendigen Streitgenossen für den andern Streitgenossen.

RG. JW. **03** 149: Jede Anschließung an die Berufung setzt auf seiten des Prozeßgegners eine zuvor erfolgte rechtswirksame Einlegung der Berufung voraus. Da nur Beklagter zu 2 (Ehefrau) Berufung eingelegt hat, würde der Beklagte zu 1 als Berufungskläger nur in Frage kommen, wenn notwendige Streitgenossenschaft vorläge und infolgedessen die Beklagte zu 2 den Beklagten zu 1 mitvertreten hätte. Dies liegt nicht vor, der Beklagte zu 1 ist daher aus dem Rechtsstreit ausgeschieden und durch die Einlegung der Berufung von Seiten seiner Ehefrau in denselben für die Berufungsinstanz nicht wieder hineingezogen worden.

§ 62. 1. Verzicht auf Rechtsmittel seitens eines notwendigen Streitgenossen.

RG. JW. **03** 21: Der notwendige Streitgenosse hört auch durch Verzicht auf das Rechtsmittel — sofern nur von einem andern Streitgenossen das Rechtsmittel verfolgt wird — nicht auf, Partei zu sein. Seine Erklärungen gelten also als Parteierklärungen.

2. Geständnis eines notwendigen Streitgenossen.

RG. JW. **03** 21: Das von einem notwendigen Streitgenossen abgegebene gerichtliche Geständnis wirkt nicht als gerichtliches Geständnis der Streitgenossen, sofern nach dem Bürgerlichen Rechte die Verfügungsbefugnis über den Streitgegenstand nur den Streitgenossen gemeinschaftlich zusteht.

3. *Walsmann, Streitgen. Nebeninterv. 85 ff.: Auch bei notwendiger Streitgenossenschaft handelt es sich um Prozeßmehrheit. Der notwendige Streitgenosse nimmt jede Prozeßhandlung nicht nur für seinen Prozeß, sondern auch, soweit es gegebenenfalls Sinn hat, für den Prozeß seines Mitstreiters vor. Er hat insofern eigenes Prozeßführungsrecht in dem zwischen andern anhängigen Prozeß (93 das.). Das Anerkenntnis des einen notwendigen Streitgenossen verliert seine Wirkung durch Bestreiten des andern. Versäumt der eine den Termin, in dem dann Anerkenntnis des andern und daraufhin Anerkenntnisurteil erfolgt, dann kann der Säumige Berufung einlegen und noch in der Berufungsinstanz das Anerkenntnis durch sein Bestreiten der Wirkung berauben (95 das.). Der Vergleich wird durch notwendige Streitgenossenschaft nicht beeinflußt (96 das.). Tod eines notwendigen Streitgenossen unterbricht das gesamte Verfahren. Aufnehmen können sowohl die Erben als auch der andere Streitgenosse, dagegen muß der Gegner gegen beide aufnehmen (96 das.). Der säumige Streitgenosse kann in jedem Stadium wieder in den durch seinen Genossen in Lauf gehaltenen

Prozeß handelnd eingreifen (99). — § 62 findet auf die streitgenössische Nebenintervention keine Anwendung.

4. Urteilszustellung an einen notwendigen Streitgenossen.

OLG. Posen, PosMschr. **03** 153: Soweit nicht § 62 Ausnahmen schafft, fallen andere Handlungen, wie namentlich Urteilszustellungen, nicht unter § 62, sondern nach der Regel des § 61 gereichen sie den anderen Streitgenossen weder zum Vorteile noch zum Nachteile. (**RG. 48** 417). Bei einfacher und notwendiger Streitgenossenschaft beginnen die Notfristen der Rechtsmittel für jeden Streitgenossen besonders mit der an ihn bewirkten Zustellung des Urteils, ebenso setzt auch die von einem Streitgenossen bewirkte Zustellung die Frist nur für ihn und ihm gegenüber in Lauf, nicht auch für und gegen die anderen Streitgenossen.

5. Fälle notwendiger Streitgenossenschaft.

a) Erben.

α. **RG.** JW. **03** 21: Im Falle einer Erbengemeinschaft nach ALR., da die Verfügungsbefugnis nur allen Erben gemeinsam zusteht.

β. OLG. Marienwerder, R. **04** 141: Wenn der Tod einer Partei im Laufe eines anhängigen Rechtsstreits eintritt und das Verfahren für oder gegen ihre Rechtsnachfolger aufgenommen wird, so stehen diese Rechtsnachfolger in notwendiger Streitgenossenschaft.

γ. BayOLG., R. **04** 168: Ist die zwischen zwei Streitgenossen in Ansehung eines Erbgegenstandes bestandene Erbgemeinschaft aufgehoben, so hört die Vertretung des einen Streitgenossen durch den anderen auf.

δ. Borcherdt, AzivPr. **94** 221: Macht der Nachlaßgläubiger von seinem Rechte, die Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlaß von sämtlichen Miterben zu verlangen, Gebrauch, so sind die Miterben notwendige Streitgenossen. Die Klage kann nur auf Leistung aus dem Nachlaß gerichtet werden, es kann daher ein Versäumnisurteil auch nur mit diesem Inhalt erlassen werden.

b) Gesellschafter einer aufgelösten Handelsgesellschaft.

RG. JW. **03** 21: Die Frage, ob eine Forderung bei Auflösung einer Gesellschaft noch als Gesellschaftsschuld bestand, kann dem ehemaligen Gesellschafter gegenüber nur einheitlich festgestellt werden.

6. Keine notwendige Streitgenossenschaft.

a) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 123: Bei Ansprüchen gegen Miteigentümer.

b) Hauptschuldner und Bürge.

RG. JW. **03** 149, Gruchots Beitr. **47** 844: Für das Verhältnis des Hauptschuldners zum Bürgen — auch handelsrechtlichen — ist das Bestehen einer notwendigen Streitgenossenschaft, wenn sie gleichzeitig vom Gläubiger belangt werden, vom RG. ständig verneint worden.

Dritter Titel. Beteiligung Dritter am Rechtsstreite.

§ 65. Möglichkeit der Aussetzung nach Verkündung eines Versäumnisurteils.

OLG. **9** 52, SeuffA. **59** 373 (Hamburg): Die Aussetzung bezweckt, zu verhindern, daß die beiden Prozesse unabhängig voneinander fortlaufen und zu Urteilen führen, von denen das eine dem anderen widersprechen und somit auch zu widerstreitenden Vollstreckungsmaßregeln Anlaß geben kann. Der Umstand, daß im Hauptprozeß ein der Klage stattgebendes Versäumnisurteil ergangen ist, schließt die vorbezeichneten Schwierigkeiten nicht aus; erst mit Eintritt der Rechtskraft der ergangenen Entscheidung ist kein Raum mehr für eine Aussetzung.

§ 66. 1. Partei oder Nebenintervention.

OLG. Colmar, R. **04** 451: Es ist nicht erforderlich, daß der Nebenintervenient sich gerade als solcher bezeichnet. Ein als Partei Auftretender kann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen nicht für seine Eigenschaft als Partei, dagegen für eine Nebenintervention vorliegen, als Nebenintervenient, und umgekehrt ein als Nebenintervenient Auftretender kann unter der entgegengesetzten Voraussetzung als Partei aufgefaßt werden.

2. Begründung des rechtlichen Interesses.

OLG. **9** 53 (Hamburg): Zur Begründung eines rechtlichen Interesses des Nebenintervenienten genügt, daß die Beweisaufnahme ein Ergebnis hat, das ihn vor Ansprüchen der einen oder anderen Partei, wenn auch nicht mit rechtlicher Notwendigkeit, doch wegen der Vollständigkeit der Beweisaufnahme und der Richtigkeit ihrer Würdigung schützt.

a) *Walsmann, Streitgen. Neben interv. 54 ff.: Der Nebenintervenient ist nicht Vertreter der unterstützten Partei, sondern Gehilfe der Partei kraft eigenen Rechts mit der Befugnis, das der Partei zustehende Prozeßführungsrecht mit Zustimmung der Partei im eigenen Namen zur Unterstützung der Partei auszuüben. Daraus folgt z. B., daß der Nebenintervenient stets im eigenen Namen handeln muß, nicht im Namen der Partei, so auch bei Einlegung der Berufung.

b) Streitverkündung begründet allein noch kein rechtliches Interesse.

OLG. **9** 53 (Hamburg): Wenn der geschädigte Kläger einem Dritten androht, ihn für den Fall seiner Abweisung wegen desselben Schadens verklagen zu wollen, so schafft nicht schon diese Streitverkündung allein ein rechtliches Interesse, wenn die die Klage begründenden Rechtsverhältnisse bei dem ersten und bei dem angedrohten Prozesse voneinander unabhängig und verschieden sind. Vielmehr hängt auch für den Streitverkündeten die Zulassung der Nebenintervention davon ab, ob er ein rechtliches Interesse daran hat, daß der Kläger obsiege; dazu ist nicht erforderlich, daß die Entscheidung für ihn Rechtskraft schaffe, andrerseits genügt nicht, daß zwischen ihm und dem Kläger irgend ein von dem Klagegrunde unabhängiges Rechtsverhältnis besteht.

c) Behauptung eines Regreßrechts.

OLG. Hamburg, SeuffA. **59** 418: Die Behauptung des Rückgriffsrechts einer Partei begründet das rechtliche Interesse zur Nebenintervention. Dieses Interesse wird nicht dadurch beseitigt, daß die Partei in erster Linie ihre Regreßpflicht bestreitet, indem es ihr, auch wenn sie einen Prozeß nicht fürchten zu müssen glaubt, von Wert sein muß, durch Unterstützung des Beklagten die Zurücknahme des Klaganspruchs herbeizuführen und so allen möglichen Regreßansprüchen des Beklagten den Boden zu entziehen.

OLG. Zweibrücken, PfälzRpr. **1** 73: Begründung des rechtlichen Interesses durch die Gefahr einer Erschwerung der Rechtsverfolgung des Intervenienten.

3. Nebenintervention im Mahnverfahren.

*v. Schwerin, JustizdRdsch. **04** 196 ff.: Im Mahnverfahren ist eine Nebenintervention zugunsten des Schuldners in jedem Stadium des Verfahrens zulässig, insbesondere auch ehe in amtsgerichtlichen Sachen Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl oder Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl, in landgerichtlichen Sachen nach Erhebung des Widerspruchs oder Zulassung des Einspruchs Klage erhoben ist.

4. Über die Zulässigkeit der Nebenintervention im Patentnichtigkeits- und Zurücknahmeverfahren handelt Rathenau, GewRschutz **8** 347: Die Nebenintervention zur Unterstützung des Klägers im Falle des § 10 Nr. 1 PatG. vor Ab-

lauf der 5jährigen Frist ist nicht nur schon aus Zweckmäßigkeitsgründen nicht wünschenswert, sondern gesetzlich direkt unzulässig. Ebenso ist auch die Nebenintervention zugunsten des Klägers im Falle des § 10 Nr. 1 nach Ablauf der 5jährigen Frist unzulässig. (Gegen die bisherige Praxis.)

Dagegen Isay, GewRschutz **9** 4ff.: Bei den Popularklagen des patentrechtlichen Nichtigkeits- und Zurücknahmeverfahrens ist eine Nebenintervention auch zugunsten des Klägers zulässig, sobald der Nebenintervenient ein rechtliches Interesse am Siege des Klägers oder am Unterliegen des Beklagten hat; und zwar auch dann zulässig, wenn die Frist des § 28 verstrichen ist und der Nebenintervenient nicht mehr selber klagen könnte.

§ 67. 1. Einlegung eines Rechtsmittels durch den Nebenintervenienten.

RG. JW. **04** 287: Ist das Rechtsmittel von dem Nebenintervenienten eingelegt, so ist trotzdem die Partei Rechtsmittelkläger, auch wenn sie sich in der Rechtsmittelinstanz untätig verhält. Ihr sind daher die Kosten der Rechtsmittelinstanz aufzuerlegen, während die durch die Nebenintervention verursachten besonderen Kosten der Nebenintervention zur Last fallen.

*Walsmann, Streitgenössische Nebenintervention 123: § 67 findet auf die streitgenössische Nebenintervention keine Anwendung.

2. Entscheidung über die Kosten der Nebenintervention nach Erledigung des Rechtsstreits durch Vergleich der Hauptparteien.

Die JDR. **1** Ziff. 1 zu § 67 angeführte Entscheidung des KG. ist vom **RG.** (**56** 113) bestätigt worden. Die streitige Befugnis des Nebenintervenienten, trotz der Erledigung des Rechtsstreits eine Entscheidung über die Kosten der Nebenintervention herbeizuführen, ist damit für die Praxis endgültig im bejahenden Sinne entschieden.

RG. ist auch darin dem KG. beigetreten, daß für die sachliche Entscheidung über die Kosten der Nebenintervention lediglich der Inhalt des zwischen den Hauptparteien abgeschlossenen Vergleichs maßgebend ist.

§ 68. *Walsmann a. a. O. 124, 239 f.: § 68 gilt auch für die streitgenössische Nebenintervention. Doch ordnet § 68 keine Rechtskrafterstreckung an, bezieht sich vielmehr auf die gesamte Prozeßführung in allen Einzelheiten.

§ 69. *Walsmann, Streitgen. Nebeninterv. 120ff.: Der streitgenössische Nebenintervenient ist Gehilfe der Partei kraft eigenen Rechtes mit der Befugnis zur Unterstützung der Partei, in deren Prozeß eigenes ihm vom Gesetz gewährtes Prozeßführungsrecht auszuüben. Die streitgen. Nebenintervention ist eine singuläre Ausnahme, daher ist sie strikt an die Voraussetzungen des § 69 gebunden und jede analoge Ausdehnung abzuweisen (127 das.). Der streitgenössische Nebenintervenient ist nicht zu einem Eingriff in die materielle Rechtssphäre der Hauptpartei berechtigt, z. B. kann er nicht deren Anfechtungsrecht geltend machen, nicht deren Forderung aufrechnen (196 das.). Er ist nicht befugt zur Klagänderung, Klagerweiterung, Widerklage und Inzidentfeststellungsklage (210 das.). Voraussetzung der streitgenössischen Nebenintervention ist, daß zwischen dem Nebenintervenienten und der Gegenpartei ein Rechtsverhältnis besteht und kraft besonderer Rechtsvorschrift die Rechtskraftwirkung der Entscheidung im Hauptprozeß sich auf dieses Rechtsverhältnis erstreckt (141 ff. das.). — Der im Prozeß des Vorerben intervenierende Nacherbe wird nicht streitgenössischer Nebenintervenient, da vor Eintritt der Nacherbfolge kein Rechtsverhältnis zwischen dem Nacherben und dem Gegner des Vorerben besteht, so Walsmann 165 f. gegen die herrschende Meinung. — Der einzelne Gesellschafter kann im Prozeß der wegen einer Schuld belangten offenen Handelsgesellschaft stets intervenieren und ist dann streitgenössischer Nebenintervenient (178 ff. das.). Dagegen ist eine Nebeninter-

vention des Gesellschafters der bürgerlichen Gesellschaft im entsprechenden Falle ausgeschlossen (180 f. das.). Der Pfändungspfandgläubiger, der im Prozeß zwischen Gläubiger und Schuldner interveniert, wird nicht streitgenössischer Nebenintervenient, weil die Rechtskraft des Urteils im Hauptprozeß nicht auf ihn wirkt (188 das.).

§ 70. Zurücknahme der Nebenintervention.

RG. 56 28 ff.: In der ZPO. fehlt es zwar an einer ausdrücklichen Regelung der Zurücknahme einer Nebenintervention; es ist aber anzunehmen, daß, wie die Form der Nebenintervention nach § 70 Abs. 1 (Zustellung eines Schriftsatzes) derjenigen der Klagerhebung nach § 253 Abs. 1, 2 entspricht, so auch die Bestimmung des § 271 Abs. 1, 2, wonach die Klage, und zwar mit Zustimmung des Beklagten immer, durch Zustellung eines Schriftsatzes zurückgenommen werden kann, auf die Nebenintervention entsprechende Anwendung findet.

Die Zustellung eines solchen Schriftsatzes von Anwalt zu Anwalt ist gleichwertig, wenn die Gegenanwälte gleich auf dem Schriftsatze selbst im Namen ihrer Partei ihre Zustimmung zur Zurücknahme erklären.

§ 71. 1. **RG.** JW. **04** 178: Der Antrag, „die namens des Nebenintervenienten B. eingelegte Berufung als unzulässig zu verwerfen, event. sie zurückzuweisen", ist kein Bestreiten der Zulässigkeit der Nebenintervention.

*Kleinfeller, KrVSchr. **45** 41 ff.: Im Falle der Streitverkündung kann der Gegner der streitverkündenden Partei die Zurückweisung des zum Eintritt bereiten Dritten wegen mangelnden rechtlichen Interesses nicht verlangen.

*Walsmann, Streitgen. Nebeninterv. 215: Der streitgenössische Nebenintervenient kann nicht den Antrag auf Zurückweisung eines andern Nebenintervenienten stellen, da dieser Antrag niemals dazu dienen kann, der Partei zum Siege zu verhelfen.

2. Abs. 2. Rechtsmittel gegen die Zurückweisung.

RG. JW. **04** 178, OLG. Colmar, R. **04** 451: Auch in dem Falle, wenn die Entscheidung über die Zurückweisung eines Nebenintervenienten mit der Entscheidung in der Hauptsache verbunden ist, ist lediglich sofortige Beschwerde statthaft.

§ 72. Kosten der Streitverkündung.

OLG. **7** 281 (Rostock): Die Kosten der Streitverkündung gehören zu den Kosten des Rechtsstreits und sind als solche vom unterliegenden Teile zu tragen unter der Voraussetzung, daß die Streitverkündung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Verteidigung notwendig war.

§ 74. 1. Über die Frage, welche Wirkung einer im Auslande erfolgten Verurteilung gegenüber dem im inländischen Regreßprozesse Verklagten zukommt, dem im Vorprozesse der Streit verkündet worden ist, der aber dem ausländischen Rechtsstreite nicht beigetreten war, vgl. **RG. 55** 296 ff., JW. **03** 312, BöhmsZ. **13** 440; BadRpr. **03** 274:

Die die Streitverkündung regelnden Vorschriften der §§ 72 ff. sind, wie die Prozeßvorschriften überhaupt, nur für die inländischen Prozesse bestimmt, in denen eine Streitverkündung erfolgen soll. Es bedürfte einer Regelung durch Gesetz- oder Staatsverträge, um der in ausländischen Prozessen an Inländer ergangenen Streitverkündung im Regreßprozesse, wenn dieser nicht auch im Auslande, sondern im Inlande anhängig geworden ist, eine Wirkung beizulegen, wie sie für in inländischen Prozessen erfolgende Streitverkündungen im § 74 ZPO. normiert wird, wodurch der Inländer indirekt genötigt würde, sich nicht auf außergerichtliche Unterstützung des Litisdenunzianten durch Erteilung von Informationen, wie die Beklagte getan, zu beschränken, sondern als Nebenintervenient in den im Auslande geführten Rechtsstreit einzutreten.

2. Streitverkündung im schiedsrichterlichen Verfahren.

RG. 55 14: An die Streitverkündung im schiedsrichterlichen Verfahren sind in der Regel, d. i. wenn nicht eine entsprechende rechtsgeschäftliche Abmachung vorliegt oder die Grundsätze des bürgerlichen Rechtes im gegebenen Falle zu den gleichen Ergebnissen führen, nicht die Rechtsfolgen des § 74 Abs. 3, § 68 geknüpft.

An sich ist eine Streitverkündung im weiteren Sinne, d. h. die in den Formen des § 73 ZPO. entsprechend erfolgende Benachrichtigung von einem Verfahren über eine Rechtsstreitigkeit, bei deren ungünstigem Ausgang ein Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen den Dritten erhoben werde, mit dem schiedsrichterlichen Verfahren nicht unvereinbar (vgl. § 220 Abs. 1 BGB.). Dagegen fehlt es an einem Anhalt in dem Gesetze, an diese Streitverkündung die in den § 74 Abs. 3, § 68 positiv ausgesprochenen Folgen zu knüpfen. Daraus ist aber nicht abzuleiten, daß sie schlechthin wirkungslos sei. Ihre Wirkung bestimmt sich vielmehr nach bürgerlichem Rechte.

§ 76. *Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 103: Bei der Pfändung gemäß § 808 Abs. 1 ZPO. kann der (etwa aus § 771 ZPO.) beklagte Gläubiger, da er nicht Besitzer ist, nicht den Schuldner gemäß § 76 ZPO. benennen. Ist gemäß § 808 Abs. 2 gepfändet, so kann der Schuldner, da er alleiniger Besitzer ist, niemanden benennen.

Vierter Titel. Prozeßbevollmächtigte und Beistände.

Vorbemerkung: Aus der Literatur ist zu diesem Titel nur die Hupkasche Schrift über die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht zu erwähnen (vgl. zu § 89). — Die Judikatur baut den Umfang der Prozeßvollmacht weiter aus: hervorzuheben ist **RG. 56** 337. — Abschluß eines der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürftigen Vertrags durch den Prozeßbevollmächtigten hebt die Genehmigungsbedürftigkeit nicht auf — und **RG. JW. 04** 412: Die Prozeßvollmacht ermächtigt nicht zur Abgabe der Aufforderung, die häusliche Gemeinschaft herzustellen. Beide Erkenntnisse sind durchaus zu billigen.

§ 78. 1. **RG. JW. 03** 382 Nr. 3: Die Vollmacht kann von der Partei unmittelbar dem Prozeßbevollmächtigten erteilt werden oder mittelbar derart, daß ein Dritter bevollmächtigt wird, im Namen der Partei einem bei dem Prozeßgericht zugelassenen Dritten Prozeßvollmacht zu erteilen.

2. Anwaltszwang bei Einlegung von Beschwerden.

RG. JW. 04 117: Die Einlegung der Beschwerde beim Oberlandesgericht kann nur durch einen bei diesem Gerichte zugelassenen Anwalt erfolgen.

Ist die Beschwerde von einem beim Beschwerdegericht nicht zugelassenen Anwalt eingelegt worden, so kann er sie auch wieder zurücknehmen.

➻ Das RG. läßt dahingestellt, ob — wie OLG. Naumburg annahm — Heilung des Mangels eintritt, wenn die Beschwerde vom Beschwerdegericht an das zur Abhilfe befugte Landgericht abgegeben wird, bei dem der Rechtsanwalt zugelassen ist. ⟵

OLG. **7** 285 (Posen): Der Anwaltszwang erstreckt sich auf das ganze Verfahren vor dem Prozeßgericht. Auch in den Ausnahmefällen des Abs. 2 bezieht sich die Befreiung nur auf die betreffende Handlung selbst, nicht auf das sich anschließende Verfahren.

RG. JW. 04 362: Anwaltszwang besteht:

für die Beschwerde wegen Verweigerung der Vollstreckungsklausel aus einem vor dem 1. Oktober 1879 ergangenen Urteil, PosMschr. **04** 95 (Posen),

Anwaltszwang besteht nicht:

für die Beschwerde eines Entmündigten auf Beiordnung eines Rechtsanwalts zum

Zwecke der Erhebung der Klage auf Wiederaufhebung der Entmündigung (§ 679 Abs. 3).

3. Erfordert der Vergleichsabschluß in landgerichtlichen Rechtsstreitigkeiten die Anwesenheit und Mitwirkung der Anwälte? Die Frage wird von Marcus, KGBl. **03** 45 ff., im Gegensatze zur herrschenden Meinung, verneint.

Dagegen Auerbach ebenda 76: Die Frage ist „im Interesse der Parteien leider" zu bejahen.

OLG. Breslau, R. **03** 552: Die Parteivertretung im Anwaltsprozesse, einschließlich der Beschwerdeinstanz kann grundsätzlich nur von einem zugelassenen Anwalt ausgeübt werden. Die Ausnahme der Vertretung durch einen nicht zugelassenen Anwalt (§ 27 RAO.) beschränkt sich auf die mündliche Behandlung.

§ 80. Abs. 1. 1. Nachweis der Bevollmächtigung.

RG. JW. **03** 382: Das Gericht hat unter freier Beweiswürdigung darüber zu entscheiden, ob es einer durch die Schrift vermittelten Erklärung den Vollmachtswillen entnehmen will.

RG. JW. **04** 178: Der Prozeßbevollmächtigte genügt der ihm durch § 80 auferlegten Pflicht zum Nachweise der Vollmacht durch Vorlegung urkundlichen Materials, aus dem das Gericht die Überzeugung gewinnt, daß die behauptete Vollmacht erteilt worden sei. Der Vorlegung einer von der Partei schriftlich ausgestellten Vollmachtsurkunde bedarf es nicht.

Inwiefern derjenige, der als Bevollmächtigter der Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins vor Gericht auftritt, seine Vollmacht durch Vorlegung einer ihm von dem Vorstand ausgestellten Prozeßvollmachtsurkunde nachweisen kann, s. § 50.

2. Schriftlichkeit der Vollmacht.

PosMschr. **03** 93 (LG. Bromberg): Für die Prozeßvollmacht einer offenen Handelsgesellschaft genügt Unterzeichnung mit der Firma.

Zu prüfen, ob die Ausstellung der Vollmacht durch ein vertretungsberechtigtes Mitglied der offenen Handelsgesellschaft erfolgt ist, fällt regelmäßig nicht unter die Bestimmungen des § 56 ZPO., es sei denn, daß sich in dieser Beziehung aus der Vollmacht oder sonstigen Umständen Bedenken ergeben.

3. Beglaubigung der Vollmacht.

Die Frage, ob der Prozeßbevollmächtigte in seiner Eigenschaft als Notar die ihm erteilte Vollmacht selbst beglaubigen könne, wird von Müller, Naumb. AK. **03** 47 im verneinenden Sinne beantwortet (ex anal. § 170 FrGG.)

§ 81. I. Begriff der Prozeßhandlung.

*Abraham, Aufrechnung und Eingriffsrecht in der Vollstreckungsinstanz 34, insbes. Anm. 23: Zweck der prozessualischen Debatten ist, die Feststellung eines gefährdeten Privatrechts durch richterliches Erkenntnis herbeizuführen. Der Richter soll entscheiden, ob der Beklagte verpflichtet sei, den Anspruch des Klägers anzuerkennen oder nicht. Von diesem Zwecke ist der prozessuale Streit bestimmt. Handlungen, welche sich diesem Zwecke einordnen, sind Prozeßhandlungen. Prozeßhandlungen des Beklagten sind daher: erstens, das Anerkenntnis selbst, insofern, als es die Grundlage eines dem Anerkenntnis gemäß ergehenden Urteils ist (§ 307 ZPO.); zweitens alle Handlungen, die eine Verweigerung der Anerkennung enthalten, sei es, daß der Beklagte deklarativ sich auf die Nichtexistenz des klägerischen Anspruchs beruft, sei es, daß seine Erklärung den Anspruch erst ex tunc vernichtet. Daher ist auch die Aufrechnungserklärung Prozeßhandlung. Man wende nicht ein: die Aufrechnung setze doch gerade eine Anerkennung der Gegenforderung voraus. Anerkennen heißt den

unantastbaren Bestand eines Rechtes zugeben. Der Aufrechnende erkennt höchstens an, daß die Gegenforderung ein durch nachträgliche Willenserklärung stets gefährdetes Dasein geführt habe. Die Vernichtung ex tunc ist nichts weniger als eine Anerkennung. Das Prinzip ist: Jede Handlung des Beklagten, durch die er zum Ausdrucke bringt, daß er den unantastbaren Bestand des klägerischen Rechtes leugne, ist Prozeßhandlung.

Aus diesem Grundsatze folgt, daß diejenigen Handlungen, die ein Anerkenntnis des Klaganspruchs und noch ein erhebliches Plus enthalten, keine Prozeßhandlungen sind. Kündigung, Vor- und Wiederkaufserklärung sind hierher zu zählen. Sie wirken ex nunc, sie leugnen nicht den Bestand eines Rechtes, sondern sie stützen sich gerade auf die Existenz desselben. Solche Erklärungen sind lediglich Rechtsgeschäfte. Daher ist auch — entgegen der Entscheidung des Kammergerichts vom 18. 3. 00 (SeuffA. **56** Nr. 173) — der Prozeßbevollmächtigte nicht kraft seiner gesetzlichen Vertretungsbefugnis berechtigt, zu kündigen, die Wiederkaufserklärung abzugeben 2c. Der Prozeßbevollmächtigte soll den Beklagten bei dem Nachweise unterstützen, daß er, der Angegriffene, nicht verpflichtet sei, den gegnerischen Anspruch anzuerkennen, d. h. den unantastbaren Bestand des klägerischen Rechtes zuzugeben. Der Nachweis gelingt dem Anwalt oder er gelingt nicht. Im letzteren Falle ist es Sache der Partei, nicht die des Prozeßvertreters, die Konsequenzen aus dieser Sachlage zu ziehen. Der Schuldner beschließt zu erfüllen, oder er macht seiner Verbindlichkeit auf andere Weise ein Ende, er kündigt. — Wären die letzterwähnten Erklärungen Prozeßhandlungen, so ergäbe sich folgendes merkwürdige Resultat: Der Beklagte könnte zwar mit Wirkung gegenüber dem Kläger die Befugnis zur Anerkennung dem Prozeßvertreter verweigern. Die Befugnis zu der viel mehr umfassenden Kündigung 2c. könnte er nicht ausschließen (vgl. § 83 ZPO.).

Abraham a. a. O. 35 ff., 64 ff., 66 ff.: Die Aufrechnung, ebenso Anfechtung und Rücktrittserklärung — nicht Kündigung und verwandte Erklärungen, siehe oben — sind, vor Gericht vorgenommen, Rechtsgeschäft und Prozeßhandlung zugleich. Sie äußern einerseits uneingeschränkt und unwiderruflich zivilistische Wirkungen, andererseits wenden sie sich als Prozeßhandlung an den Richter.

RG. 54 275, JW. **03** 194: Prozeßvollmacht, soweit sie Recht zur Erhebung des Streitgegenstandes einräumt, ist gewöhnliche Vollmacht.

II. Umfang der Prozeßvollmacht im allgemeinen.

RG. 56 337: Ob und inwiefern Vergleich, Verzicht und Anerkenntnis unter den Begriff Prozeßhandlung fallen, ist nach Beschaffenheit des einzelnen Aktes und nach den Umständen, unter denen er vorkommt, zu beurteilen. Ein Vergleich, der nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, kann auch von dem Prozeßbevollmächtigten vor dem Prozeßgerichte nur mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung geschlossen werden. Vgl. zu § 54.

§ 81 umfaßt wie §§ 83 und 98 auch außergerichtlichen Vergleichsschluß nach *Hedemann, Vergleichsirrtum 78.

RG. 53 212: Die Prozeßvollmacht ermächtigt zur Abgabe und Entgegennahme aller Erklärungen, die zum Angriff oder zur Verteidigung erforderlich sind, auch wenn sie zugleich eine materiell-rechtliche Wirkung haben.

III. Das Verhältnis der Prozeßvollmacht zu den einzelnen (zivilrechtlichen) Willenserklärungen.

1. Aufrechnung (vgl. JDR. **1** § 81 I Ziff. 6).

*Meisel, HessRspr. **4** 31 ff.: Die Aufrechnungserklärung im Prozesse ist lediglich eine Prozeßhandlung, die dem Vertreter auf Grund seiner Vollmacht

ebenso wie der Partei selbst zusteht und die ihre Eigenschaft als Prozeßhandlung um deswillen nicht verliert, weil durch ihren Gebrauch gleichzeitig auch ein materiell-rechtliches Geschäft abgeschlossen wird. Der Prozeßbevollmächtigte bedarf daher einer besonderen Vollmacht zur Erklärung der Aufrechnung nicht. — Es ist Tatfrage, ob durch die Erklärung in einem vorbereitenden Schriftsatze die Aufrechnung bereits vollzogen oder erst angekündigt werden soll. Im Prozesse kann die Aufrechnung jedenfalls nur dann Beachtung finden, wenn sie zum Gegenstande der mündlichen Verhandlung gemacht wird. Enthält aber ein vorbereitender Schriftsatz die ausdrückliche Erklärung der sofort gewollten Aufrechnung, so ist die Aufrechnung mit der Zustellung des Schriftsatzes vollzogen und die Wirkung des § 389 BGB. tritt sofort ein. Damit aber die Aufrechnung im anhängigen Prozeß Wirkung äußern kann, muß sie demnächst in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, zum Bestandteile des Prozeßstoffs gemacht werden. Wird sie nicht vorgetragen, so wird sie nicht Gegenstand des Prozesses und des demnächstigen Urteils.

2. Kündigung.

RG. 53 212, ZBlFrG. **3** 621: Die Vollmacht zur Anstellung einer Hypothekenklage bevollmächtigt auch zur Geltendmachung und Kündigung der persönlichen Forderung, und zwar auch gegenüber dem Gegenanwalte.

Die Kündigung kann durch Klagezustellung und Vorlesung des Klagantrags erfolgen.

3. Anfechtungserklärungen nach §§ 119 ff. BGB. (vgl. vor allem JDR. **2** Ziff. 2 zu § 143 BGB. sub Anfechtung im Prozesse).

RG. JW. 03 Beil. 4: Die Prozeßvollmacht ermächtigt zur Abgabe von Anfechtungserklärungen wegen Betrugs.

Ebenso wegen Irrtums: **RG. 53** 148, JW. **03** 21.

4. Aufforderung zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft.

RG. JW. 04 412: Die Prozeßvollmacht ermächtigt nicht zur Abgabe der Aufforderung, die häusliche Gemeinschaft herzustellen oder die Scheidungsklage zu erheben. Es stände mit der Vorschrift im § 613 und dem ihr zugrunde liegenden Gedanken nicht im Einklange, wenn ein Prozeßbevollmächtigter, der von einem Ehegatten mit der Verteidigung gegen Unterhaltsansprüche beauftragt ist, nach eigenem Gutdünken Herstellung der häuslichen Gemeinschaft oder Erhebung der Scheidungsklage verlangen könne. Das ist vielmehr der persönlichen Entschließung der Ehegatten vorbehalten.

IV. 1. *Iwand, DJZ. **04** 642/43: Die Prozeß-Vollmacht ermächtigt auch zum Antrage auf Eintragung einer Zwangshypothek (§§ 866, 867 ZPO.). Dem GBA. gegenüber genügt zum Nachweise der Vollmacht (vgl. unten zu § 198):

a) Vorlage des „Urteils" im Amtsgerichtsprozesse (§ 33 GBO.), jedoch

b) Vorlage der „Vollmacht" in land- bzw. oberlandesgerichtlichen Prozessen,

c) Zustellungsnachweis = „Empfangsbescheinigung" nach § 198 ZPO., da der Anwalt „Urkundsperson" im Sinne des § 29 GBO. ist.

RG. 52 334: Die Prozeßvollmacht ermächtigt zur einredeweisen Geltendmachung der Anfechtung auf Grund des Anfechtungsgesetzes.

OLG. **7** 309 (KG.): Wenn der zur Herbeiführung der Zwangsvollstreckung hinterlegte Betrag vom Prozeßbevollmächtigten namens der Partei hinterlegt worden ist, so tritt die rechtliche Wirkung lediglich in der Person der Partei nicht in der des Prozeßbevollmächtigten ein, da die Prozeßvollmacht nur zur Empfangnahme der vom Gegner zu erstattenden Prozeßkosten, dagegen nicht zur Empfangnahme irgendwelcher Zahlungen ermächtigt, so bedarf es für den Prozeßbevoll-

mächtigten zur Vertretung bei der Auszahlung des Nachweises einer besonderen dahin gehenden Ermächtigung.

2. Umfang der Prozeßvollmacht im Ehescheidungsprozesse.

OLG. **7** 275 (Oldenburg): Die Bestimmung des § 81 über Ermächtigung zur Erhebung der Widerklage gilt auch für die Prozeßvollmacht der Beklagten im Ehescheidungsprozesse.

Bischofswerder, Deutsche Rechtsanwaltszeitung **04** Nr. 5 u. Nr. 6: Der vom Prozeßbevollmächtigten substituierte Anwalt ist Bevollmächtigter der Partei, und letztere haftet dem Substituten für die Gebühren auch dann, wenn sie ihrem Prozeßbevollmächtigten die Bestellung eines Substituten untersagt hat.

3. Der § 81 beschränkt sich auf die Prozeßvollmacht.

OLG. **8** 428 (Marienwerder): Außerhalb des Falles der Prozeßvollmacht kann § 81 auch nicht analoge Anwendung finden. Es gibt keinen Rechtssatz, wonach derjenige, der den Schriftwechsel in einer Streitsache durch einen Anwalt führen läßt, diesem hierdurch uneingeschränkte Vollmacht erteile und dessen Erklärungen wenigstens im Verhältnis zu Dritten als rechtsverbindlich gegen sich gelten lassen müsse.

§ 83. OLG. Stuttgart, WürttJ. **15** 292: Die Substitution eines Anwalts gilt nur für die Beweisaufnahme", bevollmächtigt ihn nicht zum Abschlusse eines Vergleichs.

§ 86. 1. Müller, SächsA. **13** 147 ff., behandelt die Frage, ob die Prozeßvollmacht in folgenden beiden Fällen erlischt:

a) Beendigung der Instanz, für die der Prozeßbevollmächtigte zugelassen ist,

b) Aussetzung des Verfahrens, sofern sie infolge des Todes der vertretenen Partei angeordnet ist.

Zu a) Hier hat **RG. 44** 358 ff., JW. **00** 14 das Erlöschen angenommen. Diese Ansicht ist weder theoretisch noch praktisch zu rechtfertigen. Trotz Beendigung der Instanz ist der Prozeßbevollmächtigte zur Entgegennahme prozessualischer Erklärungen befugt (z. B. § 179). Weiter ist er auch zum aktiven Handeln befugt und zunächst kann er solche Handlungen in der Zeit vornehmen, die zwischen der Beendigung der unteren und dem Beginne der höheren Instanz liegen, weiter ist er nach § 81 zur Zwangsvollstreckung bevollmächtigt und nach § 514 zum Verzichte auf die Berufung und schließlich auch zur Bestellung eines Bevollmächtigten für die höhere Instanz. Aus alledem ergibt sich, daß die Vollmacht auch über das Ende der Instanz hinaus bis zur rechtskräftigen Erledigung des Prozesses fortdauert.

Zu b) Auch in diesem Falle hat **RG. 50** 339 ff. (JDR. **1** § 86 Ziff. 2) das Erlöschen angenommen. Mit Unrecht. Schon das Erfordernis des § 86 Satz 2 führt durchaus nicht notwendig zu der Annahme, daß die Vollmacht erloschen sei. Positiv für die Fortdauer spricht die Vorschrift im § 296. Die Bestimmung hätte gar keinen Sinn, wenn die Vollmacht erloschen wäre. Denn nach dem Erlöschen hätte der Bevollmächtigte mit dem Prozeß überhaupt nichts mehr zu tun und dürfte auch nicht mehr geladen werden.

2. Lehr, R. **03** 600: Nach dem Tode des rechtskräftig verurteilten Schuldners bleibt der Prozeßbevollmächtigte desselben Vertreter des (selbständigen) Nachlasses gegenüber dem die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger.

§ 88. 1. Abs. 1. Wirkung der Rüge des Mangels der Vollmacht.

OLG. **9** 54 (Colmar): Durch die Rüge des Vollmachtsmangels wird ein Zwischenstreit geschaffen, der, weil es an einer gegenteiligen Vorschrift fehlt, wie jeder andere Streit zu behandeln und zu erledigen ist.

Mithin haben die Parteien über den Streit, ob eine Bevollmächtigung des beanstandeten Anwalts vorliegt, mündlich zu verhandeln, ehe das Gericht den

Streit über den Vollmachtspunkt entscheidet. Es muß daher die zum Nachweis der Bevollmächtigung vorgelegte Urkunde zum Gegenstande der Verhandlung gemacht und dem Gegner Gelegenheit gegeben werden, die beigebrachte Beweisurkunde zu prüfen und seine Einwendungen gegen sie mündlich vorzubringen und zu begründen. Das Gericht darf eine nach der letzten Verhandlung eingereichte Vollmachtsurkunde bei der Entscheidung ebensowenig berücksichtigen, als es bei anderen Streitpunkten eine nachträglich vorgelegte Beweisurkunde berücksichtigen darf.

2. Tragweite des § 88.

RG. JW. **03** 3: Indem der § 88 Abs. 1 es lediglich der Partei in Anwaltsprozessen überläßt, den Mangel der Vollmacht auf seiten des Gegners zu rügen, setzt er doch immer voraus, daß der Prozeßbevollmächtigte überhaupt für die richtige prozeßfähige Partei oder, wenn die Partei nicht prozeßfähig ist, für ihren wirklichen gesetzlichen Vertreter auftritt. Dagegen trifft jene Vorschrift den Fall überhaupt nicht, wie er hier gegeben ist, daß ein nicht als gesetzlicher Vertreter einer prozeßunfähigen Person Berufener als deren vermeintlicher gesetzlicher Vertreter einen Anwalt zum Prozeßbevollmächtigten bestellt.

3. Abs. 2. a) OLG. **6** 424 (KG.): Da der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung dem Anwaltszwange nicht unterliegt, so ist der Anwalt zur Einreichung einer Vollmacht verpflichtet, mag es sich auch bei der einstweiligen Verfügung um Zahlung des erforderlichen Gerichtskostenvorschusses und eines angemessenen Gebührenvorschusses für den Hauptprozeß handeln, in dem der Anwalt ohne schriftliche Vollmacht zur Vertretung berechtigt ist.

b) KGBl. **04** 6 (KG.): Ebenso ist im Offenbarungseidsverfahren die Vollmacht des Vertreters des Gläubigers vorzulegen, mag er auch im landgerichtlichen Urteil als Prozeßbevollmächtigter aufgeführt sein.

§ 89. 1. *Hupka, Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht 89 ff. führt zu § 89 aus: Die Haftung des Vertreters nach § 89 ZPO. ist nicht, wie die des § 179 BGB., eine Haftung für das Vorhandensein einer behaupteten Vertretungsmacht, sondern eine Ersatzpflicht wegen des durch die Erwirkung der einstweiligen Zulassung dem Gegner zugefügten Schadens. Daher trifft sie auch den wirklich Bevollmächtigten, der seine Vertretungsmacht nicht rechtzeitig auszuweisen vermochte, wie den Nichtbevollmächtigten, der trotz Kundgebung des Vollmachtsmangels einstweilen zugelassen worden ist, während sie andererseits den fälschlich Vollmacht behauptenden Vertreter nicht trifft, der (weil der Vollmachtsmangel nicht erkennbar war oder im Anwaltsprozeß vom Gegner nicht gerügt wurde) unbedingt zur Prozeßführung zugelassen worden ist. Im letzteren Falle findet aber die Haftungsnorm des § 179 BGB. entsprechende Anwendung (131 ff.).

2. Über die einstweilige Zulassung zur Prozeßführung stellt OLG. **9** 56 (Dresden) die folgenden Grundsätze auf:

a) Die einstweilige Zulassung braucht, wenn der Gegner nicht widerspricht, nicht durch förmliche Entscheidung verfügt zu werden, sie kann vielmehr auf dem Wege erfolgen, daß die an sich zulässige Zurückweisung nicht angeordnet wird.

b) Der Bestimmung einer Frist bedarf es dann nicht, wenn der Vertreter erklärt, die Genehmigung nicht beibringen zu können. Darin liegt ein rechtswirksamer Verzicht auf die Bestimmung der Frist.

c) Die Haftung des einstweilen zugelassenen Vertreters im Falle des § 89 ist — anders wie in den im § 102 geregelten Fällen — nicht davon abhängig gemacht, daß ihn ein Verschulden treffe. Nach den gesetzgeberischen Vorarbeiten

24*

sollte durch jene Vorschrift die Haftung gerade von jedem Verschulden losgelöst werden. Mithin wird die Haftung nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Partei dem einstweilen zugelassenen Vertreter mündlich Prozeßvollmacht erteilt hat.

3. a) OLG. **9** 55 (KG.): Der falsus procurator hat auch, wenn ihn der Vorwurf eines Verschuldens nicht trifft, immer für seine Vertretungsmacht einzustehen und die Kosten zu tragen; das Gesetz kann nicht eine Partei, ohne daß sie im Verfahren vertreten gewesen oder auch nur gehört worden ist, mit Kosten belasten.

OLG. **9** 57 (Hamburg): Der einstweilen zugelassene Vertreter ist nur zum Ersatze der dem Gegner infolge der Zulassung erwachsenen Kosten persönlich zu verurteilen. Hinsichtlich der vor der Zulassung entstandenen Kosten verbleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen.

b) **RG.** JW. **03** 3: Die Bestimmung im § 89 bezieht sich nicht auf den gutgläubigen Rechtsanwalt einer prozeßunfähigen — während der Dauer des Prozesses als geisteskrank erkannten — Partei. Er handelt lediglich als ein in der Prozeßordnung vorgeschriebenes Organ der Äußerungen der Prozeßpartei und kann an seiner Legitimation nicht zweifeln.

c) **RG.** JW. **03** 3: Das Rechtsmittel, wodurch der zu Unrecht in die Kosten verurteilte Prozeßbevollmächtigte dies ihm widerfahrene Unrecht beseitigen kann, ist die sofortige Beschwerde.

Fünfter Titel. Prozeßkosten.

Vorbemerkung: Die Literatur ist sehr spärlich. Um so zahlreicher sind die ergangenen Entscheidungen, insbesondere die zu § 99. Über die Kostenpflicht des sofort anerkennenden Interventionsbeklagten herrscht nach wie vor Streit (vgl. zu § 93). Wichtig ist, daß unter den zahlreichen Zweifelsfragen, die die verunglückten Abs. 2, 3 des § 99 hervorgebracht haben, durch die VerZS. v. 16. 5. 1904 wenigstens die eine definitiv entschieden ist, daß auch die weitere Kostenbeschwerde nur dann zulässig ist, wenn auch in der Hauptsache gegen ein vom Beschwerdegericht erlassenes Urteil ein weiteres Rechtsmittel zulässig sein würde.

§ 91. I. Herrschaftsgebiet des § 91.

OLG. **7** 278 (Hamburg): Die Bestimmung des § 91 kann nicht analog ausgedehnt und dahin verallgemeinert werden, daß die Erstattungspflicht Folge des Unterliegens auch in jedem nicht im Prozeßwege vor den ordentlichen Gerichten im Streitverfahren ausgetragenen Rechtsstreite ist.

II. Vereinbarung über die Kostentragung.

1. OLG. Marienwerder, R. **04** 554: Ist zwischen Parteien zur Beilegung eines anhängigen Rechtsstreits ein außergerichtlicher Vergleich geschlossen, der auch über die Verpflichtung zur Kostentragung Bestimmung trifft, so kann jede Partei verlangen, daß in dem anhängigen Rechtsstreit, dieser Bestimmung entsprechend, über den Kostenpunkt entschieden werde.

2. Die Frage, ob sich Art. 12 des Haager Abkommens vom 14. 11. 1896 auch auf die Kosten einer Widerklage bezieht, wird von OLG. Karlsruhe, BöhmsZ. **13** 404, DJZ. **04** 79 auf Grund folgender überzeugender Erwägungen bejaht.

Die Kosten der in demselben Prozesse verhandelten Klage und Widerklage bilden zusammen ein untrennbares Ganzes: die Kosten des Rechtsstreits. Eine Ausscheidung der Kosten der Klage oder der Widerklage ist bei der Art der Gebührenberechnung undurchführbar und darf auch im Urteile nicht verhängt werden, insbesondere auch nicht auf Grund der Bestimmung des § 96 ZPO. Dies hätte, falls bei einem deutschen Gericht ein unter Art. 12 des Abkommens fallender Rechtsstreit geführt wird, zur Folge, daß der obsiegende deutsche Beklagte, wenn

er eine Widerklage erhoben hat und wenn nur für die Kosten der Klage das ausländische Vollstreckungsurteil verlangt werden dürfte, eine Vollstreckbarkeitserklärung überhaupt nicht oder nur für vereinzelte, zufällig nur die Klage berührende Aufwendungen erreichen könnte. Ein solches Ergebnis läßt sich aber nicht billigen. Denn einerseits muß angenommen werden, daß das Abkommen, indem es als Äquivalent für die Aufhebung der dem ausländischen Kläger obliegenden Sicherheitsleistung dem inländischen Beklagten für die aufgewendeten Kosten den Anspruch auf das Vollstreckungsurteil einräumte, einen durchgreifenden Schutz gewähren wollte, und andererseits erscheint ausgeschlossen, daß bedeutsame prozessuale Befugnisse des von dem ausländischen Kläger belangten Beklagten beeinträchtigt werden sollten, wie es der Fall wäre, wenn der Beklagte, um den Schutz des Abkommens sich zu sichern, die Erhebung einer Widerklage unterlassen müßte. Ist sonach davon auszugehen, daß Art. 12 auf die Kosten einer bei einem deutschen Gerichte erhobenen, in demselben Prozesse verhandelten Widerklage zu erstrecken ist, so gebietet der das gesamte Abkommen tragende Grundsatz der Gegenseitigkeit, daß der deutsche Richter die Kosten der ausländischen Widerklage, sofern sie mit der Klage in demselben Prozesse verhandelt worden ist, als unter das Abkommen fallend ansieht, selbst wenn das ausländische — wie z. B. das ungarische — Recht die Scheidung der Kosten der Klage und Widerklage zuläßt.

III. Unterliegende Partei.

1. Grundprinzip der Kostenerteilung. **RG. JW. 04** 491: Das Grundprinzip, das die Verteilung der Kosten beherrscht, ist das, daß der Teil die Kosten zu tragen hat, der sich im Unrechte befindet.

Verschulden. SächsOLG. **22** 282: Die Prozeßkostenpflicht der im Rechtsstreite unterliegenden Partei hat mit der Verschuldungsfrage nichts zu tun.

Unterliegen einer prozeßunfähigen Partei. **RG. 53** 65: Unterliegende Partei ist auch die wegen ihrer Prozeßunfähigkeit abgewiesene Partei. Denn über den Einwand der Prozeßfähigkeit wird, wie sich aus § 247 sofort ergibt, in den Formen des Prozesses entschieden, insoweit also auch die prozeßunfähige Partei als prozeßfähig behandelt.

2. Kostenverteilung bei Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache.

a) Allgemeiner Grundsatz (vgl. auch unten Ziff. e).

RG. JW. 04 491: Es muß für den Zweck der Entscheidung über den Kostenpunkt nachgeprüft werden, zu wessen Ungunsten entschieden sein würde, wenn eine Entscheidung erfolgt wäre, und dieser ist als unterliegender Teil aufzufassen und zu behandeln. Die Beendigung des Rechtsstreits zur Hauptsache ohne Urteil findet ihre formell prozessuale Grundlage in den die geschehene Erledigung aussprechenden ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärungen der Parteien, welche ihre rechtliche Wirksamkeit aus dem Verfügungsrechte der Parteien schöpfen. Es muß für die Frage von Recht und Unrecht grundsätzlich die Sachlage vor dem Zeitpunkte entscheidend sein, an dem das nach Annahme der Parteien eine Entscheidung in der Hauptsache untunlich oder unnötig machende, der Entwicklung des materiellen Rechtsverhältnisses angehörende Ereignis eingetreten ist.

Ebenso: OLG. Jena, Thür Bl. **50** 96 ff.: Für den Fall, daß der Klaganspruch zwischen dem Beginn und der Beendigung des Prozesses aufgehoben wird, werden die Kosten demjenigen Teile auferlegt, welcher in der Hauptsache unterlegen wäre, wenn über dieselbe ein Urteil erlassen wäre. Grundsätzlich ist das Urteil auf Grund der z. Zt. seines Erlasses vorhandenen Sachlage zu fällen, es ist also, wenn der Klaganspruch zwar z. Zt. der Klagerhebung begründet war, aber nicht mehr z. Zt. des Urteils, die Abweisung der Klage geboten, und hiermit der

Kläger als der unterliegende Teil, folgeweise auch als die kostenpflichtige Partei hingestellt.

Ebenso OLG. 9 133 (Kiel): Das gleiche Prinzip gilt, wenn der Kläger erklärt, daß er den Anspruch in der Hauptsache nicht mehr verfolge, sondern nur Kostenentscheidung begehre. Eine Klagezurücknahme liegt in dieser Erklärung nicht.

OLG. 9 60 (KG.): Erledigung der Hauptsache durch ein außerhalb des Prozesses liegendes Ereignis.

RG. 48 50: In diesem Falle ist stets der Kläger als die unterliegende Partei anzusehen. Wenn der Klaganspruch durch einen Beschluß des Vormundschaftsgerichts erledigt ist, so ist die Sachlage die gleiche, als wenn der Klaganspruch infolge Änderung der Gesetzgebung hinfällig geworden ist.

RG. JW. **04** 491: Hat in einem eine Forderung betreffenden Prozesse während des Laufes desselben Befriedigung des Klägers stattgefunden, so ist zu untersuchen, ob, wenn sie unterblieben wäre, infolge Begründetheit des Anspruchs an sich und Grundlosigkeit der etwa erhobenen Einreden nach dem Klagantrage hätte erkannt werden müssen, oder der Kläger abzuweisen gewesen wäre.

b) Aufrechnung während des Prozesses.

RG. JW. **04** 492: Ebenso wenn die Forderung während des Prozesses durch Aufrechnung getilgt wird, es sei denn, daß die Aufrechnung mit einer vor Beginn des Rechtsstreits bereits begründet und zur Aufrechnung geeignet gewesenen Gegenforderung erfolgt.

Für den letzten Fall vgl. **RG. 50** 389 (SeuffA. 58 37): Den Kläger trifft die Kostenpflicht deswegen, weil trotz der erst durch Abgabe der Aufrechnung erklärten Bestätigung des Klaganspruchs nach § 389 eine Rückwirkuug der Aufrechnungserklärung auf den erwähnten Zeitpunkt des Gegenüberstehens der Forderungen eintritt.

➠ Die Begründung ist falsch. Mit der zivilrechtlichen Rückziehung der Wirkungen läßt sich für die Kostenpflicht garnichts beweisen. Wenn § 389 BGB. sagt, die Aufrechnung bewirke, daß die Forderungen als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in dem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind, so vermag dies doch an der Tatsache nichts zu ändern, daß die Klagforderung zur Zeit der Klagerhebung noch nicht erloschen war. Das „als erloschen gelten" ist eine Fiktion: wenn das RG. und mit ihm die angesehensten Kommentare auf Grund dieser Fiktion die Kostenverteilung regeln wollen, so heißt dies, die Fiktion als Tatsache nehmen. Die Frage der Kostenlast läßt sich am wenigsten auf der Basis einer Fiktion entscheiden!

Trotzdem ist der Standpunkt des RG. zutreffend: Den Kläger treffen die Kosten, weil er einen überflüssigen Prozeß angestrengt hat; er hätte sich ohne Inanspruchnahme der staatlichen Organe, ohne Verursachung von Kosten, durch die einfache Abgabe einer Aufrechnungserklärung die Befriedigung seiner Forderung verschaffen können.

Dieser Grund versagt allerdings in den Ausnahmefällen, in denen nur der Beklagte, nicht aber auch der Kläger selbst zur Aufrechnung befugt ist (§§ 390, 393, 394 BGB.). In diesen Fällen liegt m. E. kein Grund vor, den Beklagten mit der Kostenpflicht zu verschonen: er wußte oder mußte wissen, daß nur er zur Aufrechnung befugt ist und mag daher, wenn er dem Prozesse aus dem Wege gehen will, die Aufrechnungserklärung abgeben. Man nehme den Fall an, daß der Beklagte die Klagforderung in erster Linie überhaupt bestreitet, event. aber mit einer unpfändbaren Forderung aufrechnet. Das Gericht, das der Stölzelschen Theorie nicht huldigt, erörtert zunächst die Frage der Existenz der Klagforderung und kommt zu dem Ergebnisse, daß sie begründet sei. Nunmehr

weist es die Klage auf Grund der Aufrechnung ab. Ist es nicht durchaus gerechtfertigt, in diesem Falle dem Beklagten die Kosten aufzuerlegen?

Will man diese Scheidung nicht anerkennen, so kann man die ausnahmslose Kostenpflicht des Klägers recht wohl durch den Satz rechtfertigen, daß er überhaupt keinen Anlaß zur Klage hat, weil er im Hinblick auf die Gegenforderung wirtschaftlich nichts zu fordern hat und er mit der Abgabe der Aufrechnungserklärung im Prozesse rechnen muß. ←= Red.

Erledigung durch Aufrechnung mit einer bereits bei Beginn des Prozesses zur Aufrechnung geeigneten Forderung.

RG. 50 39: Wenn in einem Rechtsstreite rechtzeitig eine Aufrechnungserklärung abgegeben wird, auf Grund deren die klagende Partei unterliegt, so ist diese dann kostenfällig, wenn schon vor Beginn des Prozesses die beiden Forderungen einander gegenübergestanden haben. Es ist dies, wenngleich in solchem Falle die Beseitigung des Klaganspruchs erst durch die Erklärung erfolgt (§ 388 BGB.), anzunehmen, da nach § 389 eine Rückwirkung der Aufrechnungserklärung auf den erwähnten Zeitpunkt des Gegenüberstehens der Forderungen eintritt.

c) Tod einer Partei im Ehescheidungsprozesse (§ 628).

RG. JW. 04 492: Wenn während des Ehescheidungsprozesses einer der Eheleute stirbt und damit das den Gegenstand des Streites bildende Rechtsverhältnis in Wegfall kommt, so ist für die Kostenfrage entscheidend, welches Ergebnis der Prozeß gehabt haben würde, wenn er zu Ende geführt worden wäre.

d) Erledigung des Anfechtungsprozesses durch Beendigung des Konkurses infolge Zwangsvergleichs.

RG. JW. 04 491: Mit Aufhebung des Konkurses erlangt der Gemeinschuldner Parteistellung in bezug auf die Kostenfrage. Der Anfechtungsprozeß selbst ist mit Aufhebung des Konkurses gegenstandslos geworden. Im Kostenpunkte tritt jedoch der frühere Gemeinschuldner in die prozessuale Parteistellung ein und in diesem Punkte ist diejenige Sachlage für ihn maßgebend, die bestand, als der Prozeß in der Hauptsache noch vorhanden war. Es kommt darauf an, ob die Anfechtungsklage, wenn der Konkurs nicht vor der Entscheidung über sie beendet wäre, Erfolg gehabt hätte.

e) Befriedigung des Klägers nach Zustellung der Klage im Allgemeinen (vgl. auch o. Ziff. 2a).

Ederheimer, Buschs Z. **31** 61ff., sucht die Ansicht zu begründen, daß die Beantwortung der Frage, wer im Falle der Klaglosstellung nach erfolgter Zustellung die Kosten zu tragen habe, sich ausschließlich nur aus § 271 beantworten lasse.

Stellt der Kläger den Antrag, zu erklären, daß sich der Antrag erledigt habe, so kann dies eine Feststellung des Inhalts bedeuten, daß der klägerische Antrag nicht mehr besteht, oder daß er früher bestanden hat. Das wäre aber ein Feststellungsantrag im Sinne des § 256, und ein solcher Antrag würde im Hinblick auf den Mangel eines jeden Interesses unzulässig sein. Ist aber der Feststellungsantrag unzulässig, dann wird man ohne ausdrückliche Erklärung des Klägers seinem Antrage diesen Sinn nicht beilegen dürfen.

Gibt er eine solche Erklärung ab, so ist aber dieser Antrag als unzulässig kostenpflichtig abzuweisen. Gibt er sie nicht ab, so liegt darin die Erklärung, daß er einen Sachantrag überhaupt nicht stellt, d. h. daß er die Klage zurücknimmt.

Es bleibt darum nur die Frage zu prüfen, ob diese Klagezurücknahme auch stets gemäß § 271 die Verurteilung des Klägers in die Kosten zur Folge hat.

Die Frage wird allgemein, soweit sie überhaupt aufgeworfen wird, verneint. Mit Unrecht! Die herrschende Ansicht, es dürfe aus den Worten des

§ 91 „die unterliegende Partei" nicht geschlossen werden, daß das Unterliegen in der Sache selbst durch Urteil erfolgen müsse, es müßte als unterliegend auch angesehen werden, wer unterlegen wäre, wenn die Erledigung nicht eingetreten wäre, ist unhaltbar: Dieser Satz ist erst in den § 91 hineingetragen, denn dieser besagt gerade das Gegenteil.

Die Bestimmungen der §§ 91, 271 ergänzen sich: kommt es zu einem Urteile in der Hauptsache, so entscheidet das Unterliegen, kommt es nicht zu einem Urteile, dann trägt der Kläger die Kosten. Der gesetzgeberische Gedanke ist der, daß für die Entscheidung in der Hauptsache nie wegen der Kosten die Zeit der Urteilsfällung maßgebend ist. Ist jetzt der Klagantrag nicht mehr begründet, so trägt der Kläger als Unterlieger die Kosten.

Die Klagezurücknahme kann, wie allgemein anerkannt ist, auch stillschweigend erfolgen. Wenn aber eine Klagezurücknahme vorliegt, dann müssen auch deren Folgen eintreten. Der § 271 macht keinen Unterschied je nach dem Grunde, der die Klagezurücknahme veranlaßt hat.

Es kommt hinzu, daß, wenn die Bestimmung des § 271 auf die Fälle nicht anzuwenden wäre, in denen die Klage ursprünglich begründet war, sie überhaupt keinen Sinn hätte. Denn wenn sich aus § 91 schon ergibt, daß der die Kosten tragen muß, der unterlegen wäre, wenn die Erledigung nicht eingetreten wäre, so würde schon damit gesagt sein, daß der Kläger, der die von vornherein unbegründete Klage zurücknimmt, die Kosten trägt.

Der § 271 Abs. 3 wäre also nicht nur ganz überflüssig, sondern geradezu falsch. Denn nicht, weil er die Klage zurücknimmt, muß Kläger die Kosten tragen, sondern weil die Klage unbegründet war.

➳ Der Grundgedanke dieser Abhandlung ist verfehlt. Die Erklärung des Klägers, daß sich die Hauptsache erledigt habe (daß er in der Hauptsache befriedigt sei usw.), kann eine Klagrücknahme sein, braucht es aber nicht zu sein. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Erledigungserklärung eine Klagezurücknahme ist, ergibt sich aus § 271 Abs. 1. Danach ist von dem Beginne der ersten mündlichen Verhandlung an die Zurücknahme der Klage nur mit Einwilligung des Beklagten zulässig. Wenn nun der Beklagte nach der ersten mündlichen Verhandlung den Kläger in der Hauptsache ganz oder zum Teil befriedigt, so kann dieser seinen ursprünglichen Antrag natürlich nicht aufrecht erhalten, ohne der Gefahr der Abweisung zu unterliegen. Wäre nun die entsprechende Beschränkung des Klagantrags eine Klagezurücknahme im Sinne des § 271, so wäre die notwendige Folge, daß der Kläger die Beschränkung ohne Einwilligung des Beklagten gar nicht erklären könnte! Aus § 268 Nr. 2 kann das Gegenteil nicht hergeleitet werden: denn dort ist nur ausgesprochen, daß die bloße Beschränkung des Klagantrags in der Hauptsache keine Änderung der Klage enthält, deswegen könnte sie doch aber eine Zurücknahme der Klage sein. Die herrschende Meinung (vgl. Gaupp-Stein § 271 Anm. 43) nimmt ja auch an, daß die Vorschrift im § 268 Nr. 2 an der Bestimmung im § 271 Abs. 1 nichts ändere. Sonach hätte es der Beklagte nach Eberheimer in der Hand, dem Kläger in jedem Prozesse die Kostenlast aufzubürden: er brauchte nur den Kläger im Laufe des Prozesses zu befriedigen und seine Einwilligung zur Beschränkung des Klagantrags zu verweigern, denn dann müßte der Kläger abgewiesen und als der unterliegende Teil in die Prozeßkosten verurteilt werden! Das kann natürlich geltendes Recht nicht sein.

Es ist das Wesen der Klagrücknahme, daß sie den materiellen Anspruch unberührt läßt. Sie ist ein rein prozeßrechtlicher Akt, das Fallenlassen des Klagebegehrens. Das grundsätzliche Erfordernis der Einwilligung des Beklagten besagt, daß dieser nach Eintritt in die Verhandlung ein Recht auf Sach-

entscheidung hat. Umgekehrt: soweit der im Prozeß befangene materielle Anspruch des Klägers durch Befriedigung, Verzicht usw. betroffen wird, ist der Kläger befugt, den Klagantrag der Veränderung des materiellen Anspruchs entsprechend einseitig zu beschränken, ohne daß der Beklagte widersprechen und eine Entscheidung über den Antrag in seiner ursprünglichen Fassung beanspruchen könnte. Zum Verzicht auf den Anspruch bedarf der Kläger der Zustimmung des Beklagten nicht (§ 306), er ist berechtigt — und zugleich gezwungen —, den Klagantrag dem Verzichte entsprechend zu ermäßigen, und der Beklagte kann nur die Abweisung verlangen. Während also bei der Klagezurücknahme im technischen Sinne die Zustimmung des Beklagten erforderlich ist, fällt dieses Erfordernis überall dort fort, wo die Beschränkung des Klagantrags lediglich die Folge des Erlöschens des materiellen Anspruchs ist. M. a. W. eine Beschränkung des Klagantrags, die infolge eines — gänzlichen oder teilweisen — Erlöschens des Klaganspruchs erfolgt, ist keine Zurücknahme der Klage im technischen Sinne und fällt daher weder unter § 271 Abs. 1, noch unter § 271 Abs. 3 ZPO. Wenn also der Kläger erklärt, er sei in der Hauptsache befriedigt, so liegt eine Klagezurücknahme dann nicht vor, wenn diese Erklärung den Tatsachen entspricht, der materielle Anspruch mithin erloschen ist; sie liegt dagegen vor, wenn dies nicht der Fall ist, der materielle Anspruch also nach wie vor besteht. Nur in dem letzteren Falle ist zu der Erklärung die Einwilligung des Beklagten erforderlich und nur für den letzteren Fall ergibt sich die Kostenentscheidung aus § 271 Abs. 3. Gerade aber in dem Falle, von dem Ederheimer handelt, schlägt § 271 Abs. 3 nicht ein. ←« Red.

f) Kostenlast des Klägers bei Befriedigung vor Zustellung der Klage. Hier besteht eine Meinungsverschiedenheit zwischen dem RG. und dem OLG. Hamburg II. ZS.

Das **RG.** (III. ZS. Beschl. v. 20. 2. 03) **45** 37, JW. **03** 130 sagt: Die ZPO. hat zur Grundlage ihrer Bestimmungen über die Pflicht zur Kostentragung lediglich den prozessualen Satz genommen, daß das Unterliegen in der Hauptsache als Rechtsfolge die Pflicht zur Tragung der Kosten nach sich zieht. Der Grundsatz findet auch Anwendung, wenn der Rechtsstreit sich in der Hauptsache ohne Erlaß eines Urteils erledigt, wenn er nur überhaupt durch Zustellung der Klage rechtshängig geworden ist. Es kommt dann für die Anwendung der Vorschriften der ZPO. nur darauf an, ob der Klaganspruch, objektiv betrachtet, zur Zeit der Erhebung, also der Zustellung der Klage, begründet war oder nicht. Wenn jenes der Fall war, so treffen den Beklagten, wenn dieses, den Kläger die Kosten. Der Umstand, daß einer Partei ein Verschulden in bezug auf die Erhebung des Rechtsstreits zur Last fällt, hat nur ausnahmsweise, und zwar hauptsächlich im § 93 ZPO. in Ansehung des Klägers zugunsten des Beklagten, der durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage keine Veranlassung gegeben und den Anspruch sofort anerkannt hat, Berücksichtigung gefunden. Aber eben wegen ihrer Natur als Ausnahmevorschrift leidet dieser Satz keine entsprechende Anwendung etwa dahin, daß den Beklagten, wenn er durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hat, auch dann die Kosten des Rechtsstreits treffen, wenn er noch vor wirklicher Erhebung der Klage, ohne daß dem Kläger die rechtzeitige Verhinderung der in Auftrag gegebenen Klagezustellung möglich gewesen wäre, diesen klaglos stellt. Der Kläger kann die Erstattung derjenigen Kosten, die durch die Erhebung der Klage, soweit sie an sich gerechtfertigt waren, erwuchsen, nur aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes wegen Verschuldens des Beklagten erfordern.

»→ Ob es überhaupt und mit welchen Maßgaben es an sich zulässig

wäre, eine solche Klage äußerlich an den wegen der Hauptsache erhobenen Rechtsstreit anzuschließen und etwa, nachdem jene sich erledigt hatte, in demselben Verfahren den Klagantrag nur noch auf die Verurteilung des beklagten Teiles zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits zu richten und ihn durch Anführung derjenigen tatsächlichen Umstände, die das Verschulden des Beklagten in bezug auf die Veranlassung der Klagerhebung darzutun geeignet sind, zu begründen, kann dahingestellt bleiben. Es ist zu hoffen, daß formalistische Bedenken die Rechtsprechung nicht hindern werden, eine dahingehende Klagänderung zuzulassen. ← Red.

Dem vorstehenden Urteile hat sich der II. ZS. in dem Erkenntnisse vom 1. 5. 03, JW. **03** 237 angeschlossen: Die ZPO. hat bei Regelung der Kostenpflicht lediglich den prozeßrechtlichen Satz aufgestellt, daß das Unterliegen des Beklagten in der Hauptsache als Rechtsfolge die Pflicht zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits nach sich zieht, sofern er überhaupt durch Zustellung der Klage rechtshängig geworden ist. Es kommt dann für die Anwendung der Vorschriften der ZPO. nur darauf an, ob der Klaganspruch, objektiv betrachtet, zur Zeit der Zustellung begründet war oder nicht; wenn jenes der Fall war, trifft den Beklagten, wenn dieses, den Kläger die Kostenpflicht. Der Umstand, daß dem Beklagten ein Verschulden in bezug auf die Erhebung der Klage zur Last fällt, ist nicht geeignet, etwa mittels analoger Anwendung des § 93 ZPO. eine prozeßrechtliche Kostenpflicht des Beklagten zu begründen. Vielmehr kann der Kläger die Erstattung der Prozeßkosten, die ihm nach den schlechterdings zwingenden Vorschriften der ZPO. aufzuerlegen waren, nur aus dem Gesichtspunkte eines Schadensersatzanspruchs aus einem besonderen Grunde des bürgerlichen Rechtes begehren; der klageweisen Geltendmachung eines solchen Anspruchs würde nicht etwa die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache mit Rücksicht auf die in dem früheren Rechtsstreit erfolgte rechtskräftige Verurteilung des Klägers in die Kosten entgegenstehen, weil in dem neuen Rechtsstreit Erstattung der Kosten oder Übernahme der Kostenpflicht aus einem neuen selbständigen Grunde verlangt und somit nicht eodem causa petendi vorliegen würde.

Ebenso OLG. **9** 60 (Hamburg III. Zivils.): Im Gegensatze zu der Entscheidung des II. Zivils. (OLG. **6** 387) ist dem vorstehenden Erkenntnisse des RG. beizutreten. Bei Anwendung der zivilprozessualen Bestimmungen über die Prozeßkosten kommt es mithin nur darauf an, ob der Klaganspruch zur Zeit der Erhebung der Klage begründet war oder nicht.

Entgegengesetzt OLG. **6** 387 (Hamburg II. Zivils.): Der Prozeß beginnt nicht erst mit der Klagezustellung, sondern bereits in dem Augenblick, wo der Kläger selbst oder durch seinen Anwalt mit den gerichtlichen Organen in Verbindung tritt. Das sind zwar vorbereitende, aber doch immerhin prozessuale Akte.

Durch Erledigung des Hauptanspruchs erledigt sich der mit der Klage verfolgte Anspruch in seiner Totalität. Dieser umfaßt neben dem Hauptanspruch auch den, selbst wenn er nicht ausdrücklich erwähnt ist, von Amts wegen zu ergänzenden Nebenanspruch auf Ersatz der Prozeßkosten mit Einschluß der schon vor der Klagezustellung erwachsenen. So wenig, wenn der Hauptanspruch vor der Klagezustellung nur teilweise erledigt ist, die mit der Terminsbestimmung bereits versehene Klagschrift aufhört, zur Verfolgung des Rechtsanspruchs dienlich zu sein, ebensowenig läßt sich dies behaupten, wenn der Klaganspruch nur in der Hauptsache zum vollen, aber nicht bezüglich des Anspruchs auf Kostenersatz erledigt ist. Der Klaganspruch umfaßt Kapital, Zinsen und Kosten, auch die in dem vor der Klagzustellung liegenden Prozeßstadium erwachsenen Kosten, und von einer vollen Erledigung des Anspruchs kann nicht die Rede sein, solange er nicht in jeder

dieser Beziehungen erledigt ist. Freilich wird es Sache des Klägers sein, den Beklagten rechtzeitig von der Beschränkung des Klaganspruchs in Kenntnis zu setzen, um zu verhüten, daß er auch zu einer Verteidigung gegen den erledigten Teil des Klaganspruchs Maßregeln trifft. Unterläßt der Kläger eine solche Anzeige, so wird er die dadurch dem Gegner entstandenen Kosten zu tragen haben. Die Verweisung des Klägers auf einen besonderen Prozeß, um die ihm durch das Verhalten des Beklagten verursachten Kosten in Form einer Schadensersatzklage wieder zu erlangen, würde nicht nur in hohem Grade unzweckmäßig sein, sondern auch in allen Fällen versagen, wo der Kläger, bzw. sein Anwalt von der Erledigung der Hauptsache nicht so zeitig Kunde erhält, daß er die bereits in Auftrag gegebene Zustellung der Klage noch verhindern kann.

Ähnlich OLG. **9** 59 (Celle): Obschon der Beklagte die geforderte Wechselsumme bereits vor Zustellung der Klage gezahlt hat, hat er die Kosten des Prozesses zu tragen. Denn die durch Vorbereitung der Klage entstandenen Kosten sind auf den Prozeß des Beklagten zurückzuführen und als Verzugskosten in der Klage mitgefordert anzusehen, der Beklagte ist somit, der nur den Hauptanspruch bezahlt hat, mit einem Teile seiner Schuld noch ferner im Verzuge.

Ausdrücklich läßt das LG. I Berlin, KGBl. **04** 101 zu, daß der Kläger seinen Anspruch wegen der Kosten in demselben Prozeßverfahren geltend macht, da erst nach Klageeinreichung ohne Schuld des Klägers die veränderte Rechtslage eingetreten sei, auch die Rechtsverteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert werde, obwohl nun die Kosten aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Verschuldens gefordert werden.

Dagegen OLG. Karlsruhe, BadRpr. **69** 67, R. **03** 130: Die Kosten einer nach Terminsbestimmung, aber vor Zustellung erledigten Klage sind in einer besonderen Schadensklage geltend zu machen. Es fehlt an einem Rechtsstreite in der Hauptsache und an einem Rechtsgrunde für die Entstehung von Prozeßkosten; die vor Zustellung erwachsenen Kosten sind vor Beginn des Rechtsstreits erwachsene Schadensersatzansprüche. Die Erstattung dieser Kosten kann nur im Wege eines besonderen Prozesses verlangt, es kann aber wegen der Kosten des nicht rechtshängig gewordenen Prozesses das durch Einreichung der Klage eingeleitete Verfahren nicht fortgesetzt werden. Den Kläger müssen nach § 91 ZPO. die Kosten dieses fortgesetzten Verfahrens treffen.

Ähnlich SächsOLG. **24** 158 ff.: Daß die Zahlung der Klagforderung vor der Zustellung der Klagschrift erfolgt, beseitigt nicht die mit ihr verknüpfte Wirkung der Rechtshängigkeit. Durch die Klaglosstellung des Klägers in der Hauptsache wird die anfänglich weitergehende Rechtshängigkeit auf den allein noch einer Entscheidung bedürfenden Kostenpunkt eingeschränkt. Dieser aber bleibt rechtshängig.

3. Verurteilung Zug um Zug.

RG. SeuffA. **59** 33: Der Beklagte ist auch dann als unterliegender Teil in die Prozeßkosten zu verurteilen, wenn das Urteil auf Leistung Zug um Zug lautet. Denn wenn es auch möglicherweise zu der Leistung nicht kommt, so hat er doch durch seine Weigerung den Prozeß heraufbeschworen.

4. Über Fälligwerden der Klagforderung während der zweiten Instanz vgl. **RG.** PosMschr. **04** 58: Der Beklagte hat in diesem Falle die Kosten beider Instanzen jedenfalls dann zu tragen, wenn er nicht nur die Fälligkeit für den von der ersten Instanz als Fälligkeitstermin anerkannten Tag bestritten hat, sondern die Fälligkeit auf einen Termin verlegt hat, nach dem die Klage auch in zweiter Instanz hätte abgewiesen werden müssen.

5. Unterliegen eines von mehreren Klägern.

BayObLG. **4** 638: Wird einer der Kläger durch Teilurteil abgewiesen,

so ist seine Verurteilung in die durch seine Klage erwachsenen Kosten dann nicht erforderlich, wenn durch seine Klage für den Beklagten keine besonderen Kosten erwachsen sind.

6. Erstattung der Kosten eines Streitgenossen.

OLG. Cassel, R. **04** 337: Wurde eine Partei nur einem von mehreren Streitgenossen gegenüber zur Erstattung der ihm erwachsenen außergerichtlichen Kosten verurteilt, so hat sie nur den auf jenen entfallenden Kostenanteil zu erstatten, es sei denn, daß der Streitgenosse nachweist, daß er sämtliche Kosten oder doch einen seinen Anteil übersteigenden Betrag derselben bereits bezahlt hat und von seinen Streitgenossen wegen Zahlungsfähigkeit keinen Ersatz werde erlangen können.

IV. Kosten des Rechtsstreits.

1. Allgemeines: OLG. Breslau, R. **04** 169: Unter den Begriff Kosten des Rechtsstreits fallen alle Aufwendungen, die eine Partei zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung des im Streite befindlichen Anspruchs oder zur Rechtsverteidigung gemacht hat. Es ist nicht richtig, darunter erst die Aufwendungen nach der Klagerhebung zu verstehen und unter allen Umständen notwendige Ausgaben (Reisen zum Prozeßbevollmächtigten zwecks Unterrichtung über die Sachlage oder Postgebühr für die Zusendung des Auftrags) auszuschließen. Der Umstand, daß der Schuldner noch vor der Klagezustellung leistet, ändert daran nichts.

OLG. **9** 57 (Dresden): Zu den Kosten des Rechtsstreits gehört jeder Aufwand, den die Partei zur Durchführung ihres Anspruchs im Rechtsstreite gemacht hat. Unwesentlich ist, ob er im Laufe des Prozesses erwachsen ist — er kann ihm auch vorangegangen sein — und ob er schließlich für die Entscheidung selbst bedeutsam geworden ist.

2. Von den Kosten gewisser neben dem Prozesse selbständiger Akte ist es zweifelhaft, ob sie zu den Prozeßkosten gehören oder nicht.

a) Die Rechtsprechung erachtet im einzelnen die Kosten folgender Akte als zu den Prozeßkosten gehörig:

α. Kosten eines Kompetenzkonflikts.

OLG. **6** 385 (Rostock), R. **04** 169 (Braunschweig): Die den Parteien des Hauptprozesses in dem Verfahren vor dem Gerichtshofe zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten entstandenen Kosten sind erstattungsfähig, da ihre Aufwendungen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich sind.

β. **RG.** JW. **04** 342 gegen OLG. Dresden: Die Kosten eines vor dem Prozesse von der Partei eingeholten Gutachtens. Ebenso OLG. Hamburg, DJZ. **03** 36.

γ. Die Kosten eines Beweissicherungsverfahrens.

OLG. **6** 394, **9** 57 (Posen, Dresden): Das Verfahren zur Beweissicherung verliert nicht seinen innerlichen Zusammenhang mit der Prozeßführung, wenn durch den späteren Verlauf des Prozesses die Beweistatsache für die Entscheidung bedeutungslos wird.

δ. OLG. **9** 58 (Hamburg): Die Kosten von Affidavits, denn derartige für die Beweisaufnahme dienliche Urkunden sind im englischen Prozeßverfahren üblich.

ε. Die Kosten eines Einstellungsverfahrens: OLG. **9** 58 (Dresden). Vgl. JDR. **1** Ziff. 36 zu § 91.

RG. 50 356 hat eine Ausnahme für den Fall anerkennen wollen, wenn die Einstellung vom Vollstreckungsgericht angeordnet und dem Prozeßgerichte nicht bekannt geworden ist, weil dann nicht angenommen werden könnte, daß das Prozeßgericht auch über die Kosten der Änderung habe entscheiden wollen.

Dagegen OLG. **9** 58: Das Gericht will der unterliegenden Partei im Zweifel alle Kosten auferlegen, die der Gegner zur Prozeßführung aufzuwenden

nötig gehabt hat, auch die ihm unbekannt gebliebenen. Nicht auf die objektive Kenntnis des Gerichts von dem Erwachsensein der einzelnen Kostenbeträge kann es ankommen, sondern allein darauf, ob sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverkündigung objektiv erforderlich gewesen sind.

b) Nicht zu den Prozeßkosten wurde gerechnet:

α. Kosten einer angekündigten Widerklage.

RG. 51 5, SeuffA. **58** 155 (VZS.): Die zwischen dem ersten und dem zweiten Zivilsenate streitige Frage, ob zu den einer Partei durch Urteil auferlegten Kosten des Rechtsstreits auch die durch die Ankündigung der danach nicht erhobenen Widerklage gerechnet werden, wenn das Urteil darüber nichts bestimmt ist von dem VZS. verneint worden (vgl. auch zu § 278).

β. Die Verklarungskosten (HGB. §§ 522 ff.).

OLG. **7** 381 (Hamburg): Die Verklarung ist ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Sein Zweck ist die alsbaldige Klarstellung, ob der durch den Unfall eingetretene Schaden die Voraussetzungen der großen oder der besonderen Haverei hatte, und die Kosten der Verklarung gehören, als Kosten für die Ermittelung der Schäden, zu den Havereikosten. Daß die Verklarung, indem sie Aufschluß über die Entstehung des Unfalls gibt, zugleich geeignet ist, vorläufigen Aufschluß über etwaiges Verschulden der Schiffsbesatzung oder eines Dritten zu gewähren, kann aus ihr nicht einen „zu zweckentsprechender Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung" vorgenommenen Akt im Sinne des § 91 ZPO. machen, die einen entstandenen Rechtsstreit und einen vorhandenen Streitgegner voraussetzt.

γ. Die Kosten eines Arrestes.

OLG. Dresden, R. **01** 469: Die Kosten des Arrestverfahrens fallen nicht unter die Kosten des Hauptprozesses, weil das Arrestverfahren einen selbständigen Prozeß bildet. Sie können daher, wenn ihrer im Urteilstenor nicht ausdrücklich Erwähnung gethan ist, auf Grund des Urteils im Hauptprozeß nicht mit festgesetzt werden.

Hierzu OLG. Marienwerder, R. **04** 141: Ist in einem Arrestverfahren mangels Widerspruchs eine Entscheidung über die Tragung der Kosten des Arrestverfahrens nicht ergangen, so kann in dem demnächst angestrengten Hauptprozesse Kläger die Arrestkosten in bestimmter Höhe als einen Teil des Hauptanspruchs nur dann geltend machen, wenn die durch das Arrestverfahren erwachsenen Kosten als ein ihm durch den Beklagten erwachsener Schaden zu erachten sind, den ihm der Beklagte zu ersetzen hat. Sonst kann nur die Entscheidung über die Kostenpflicht verlangt werden, und es steht nichts im Wege, auszusprechen, daß der Beklagte schuldig die Kosten des Rechtsstreits mit Einschluß der Kosten des Arrestverfahrens zu tragen. Die Bestimmung der Höhe der Kosten bleibt dann dem Kostenfestsetzungsverfahren vorbehalten.

δ. Kosten einer Nachlaßpflegschaft.

OLG. **6** 385 Anm. (KG.): Dem Gläubiger, der nach dem Tode seines Schuldners durch seinen Rechtsanwalt eine Nachlaßpflegschaft aus § 1960 BGB. beantragt, sind die dadurch erwachsenen Kosten nicht zu erstatten, denn sie gehören nicht zu den Prozeßkosten und es fehlt eine gesetzliche Vorschrift, die die Erstattung solcher Kosten anordnet.

ε. Die Kosten der Zwangsvollstreckung.

OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 4: Sie gehören nicht zu den Kosten des Rechtsstreits, über die das Urteil erkennt. Eine Verteilung gemäß § 92 ist bei ihnen ausgeschlossen, sie fallen stets dem Schuldner zur Last.

V. Erstattung der Kosten.

1. Allgemeine Natur des Anspruchs auf Erstattung der Prozeßkosten.

SeuffA. **58** 48, OLG. **6** 374 (Hamburg): Mit der Erhebung einer Klage ist die Möglichkeit gegeben, daß dem Beklagten ein Anspruch gegen den Kläger auf Kostenerstattung demnächst erwachsen wird; nicht aber ist dadurch ein solcher Anspruch, sei es auch nur als ein bedingter, schon zur Entstehung gekommen. Der Entstehungsgrund für die Forderung auf Kostenersatz ist vielmehr das den Gegner zum Kostenersatze verurteilende Urteil, und zwar das rechtskräftige Urteil. Ein nicht rechtskräftiges Urteil übt — abgesehen von einer etwaigen, vorläufigen Erklärung seiner Vollstreckbarkeit — keinerlei Wirkung; es kann daher auch nicht die Quelle einer Kostenerstattungspflicht sein. Diese Verpflichtung ist eine Rechtsfolge des Unterliegens einer Partei, und in keinem Stadium des Prozesses, in welchem die Frage, ob und inwieweit die eine oder die andere Partei obsiegen oder unterliegen wird, noch eine offene ist, kann davon die Rede sein, daß eine Partei gegen die andere, oder gar, daß beide Parteien wechselseitig gegeneinander einen bedingten Kostenerstattungsanspruch haben. Solange aber nur ein nicht rechtskräftiges Urteil vorliegt, bleibt jene Frage eine offene, wie sie es im Beginne des Rechtsstreits war.

2. Kosten, die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig sind.

a) OLG. Breslau, R. **04** 337: Die Befugnisse der Parteien aus den Vorschriften über die Beweisaufnahme schaffen keine Ausnahme von der Pflicht des Gerichts, nur solche Beträge für erstattbar zu erklären, deren Aufwendung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung für notwendig zu betrachten sind.

b) Zur Verhütung des Rechtsstreits aufgewandte Kosten.

OLG. Braunschweig, R. **04** 21: Derartige Kosten — z. B. die durch Vergleichsverhandlungen entstandenen — sind nicht erstattungsfähig; mindestens muß zwischen dem Anlaß ihrer Entstehung und dem späteren Prozeß ein solcher Zusammenhang vorhanden sein, daß man danach sagen dürfte, sie seien zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich gewesen.

➞ Viel zu engherzig! ⟵ Red. Vgl. dagegen:

OLG. **7** 280 (Hamburg): Auslagen des Anwalts für Porti und Schreibgebühren, welche durch Verhandlungen vor Erhebung der Klage behufs Information und gütlicher Beilegung der Sache erwachsen sind, müssen vom kostenpflichtigen Gegner erstattet werden.

c) Inkassogebühr.

OLG. Dresden, SächsA. **14** 402: Sie ist zu erstatten, wenn sie als ein im Prozesse selbst entstandener, mit dem Verlaufe des Rechtsstreits in unmittelbarem Zusammenhange stehender Aufwand zu gelten hat, wenn z. B. der Beklagte selbst die Mitwirkung des gegnerischen Anwalts zum Zwecke der Annahme und Ablieferung der von ihm zu berichtigenden Geldsumme in Anspruch genommen hat.

d) Mehrkosten durch Einklagung von Teilbeträgen.

OLG. Posen, PosMschr. **03** 114: Die durch Teilklagen — Zerteilung eines Landgerichtsobjekts in mehrere Amtsgerichtsobjekte — entstehenden Mehrkosten sind nicht erstattungsfähig, es sei denn, daß besondere Gründe vorlägen, welche es dem Kläger hätten geboten erscheinen lassen, mehrere Klagen beim Amtsgerichte zu erheben, statt einer beim Landgerichte. Es käme hier besonders die größere Schnelligkeit des amtsgerichtlichen Verfahrens in Betracht (**RG.** JW. **92** 11 Nr. 3).

OLG. Posen, PosMschr. **04** 97: Die Frage, ob die Erstattung der Kosten des amtsgerichtlichen Verfahrens verlangt werden kann, wenn auf Grund der

negativen Feststellungswiderklage der Rechtsstreit unter Verbindung der mehreren Teilklagen vor das Landgericht verwiesen wird, ist von Fall zu Fall nach den besonderen Umständen zu entscheiden. In der Regel hat der Gläubiger, der einen an sich zur Zuständigkeit des Landgerichts gehörigen Rechtsstreit durch Erhebung von Teilklagen vor das Landgericht bringt, die dadurch entstandenen Mehrkosten selbst dann zu tragen, wenn von seinem Standpunkt aus das eingeschlagene Verfahren, weil zur Beschleunigung der Sache dienend, zweckentsprechend erscheint, denn der Schuldner hat einen Rechtsanspruch darauf, vor dem sachlich zuständigen Gerichte belangt zu werden, während dem Gläubiger ein Anspruch auf abgekürztes Verfahren, soweit ein solches nicht im Gesetze besonders vorgesehen ist, nicht zusteht.

Anders wenn der Beklagte vor dem Landgerichte sich hat kontumazieren lassen. Er gibt dadurch zu erkennen, daß für die Widerklage und den Antrag auf Verweisung an das Landgericht nicht der Wunsch, eine Entscheidung des zuständigen Richters herbeigeführt zu wissen, maßgebend war, sondern, daß es ihm um die Verschleppung der Sache zu tun gewesen ist. Der Beklagte hat es mithin selbst verschuldet, daß der Rechtsstreit nicht schon vor dem Amtsgericht in einfacher Weise seine Erledigung gefunden hat, und daß über die amtsgerichtlichen Kosten hinaus noch weitere Kosten entstanden sind.

e) Gesonderte Vollstreckung des Kostenfestsetzungsbeschlusses.

LG. Danzig, PosMschr. **04** 95: Die durch die gesonderte Vollstreckung erwachsenden Kosten sind erstattungsfähig. Es ist nicht zu verlangen, daß der Kläger mit der Zwangsvollstreckung und dem Urteile so lange warten soll, bis der Kostenfestsetzungsbeschluß bei ihm eingeht.

f) Reisekosten.

OLG. Braunschweig, R. **04** 254: Die Vorschrift im § 91 Abs. 1 Satz 2 ist über ihren Wortlaut hinaus auf eine andere als die durch notwendige Reisen oder notwendige Wahrnehmung von Terminen entstandene Zeitversäumnis nicht anzuwenden; insbesondere ist die von der Partei persönlich ausgeführte Überweisung des Prozeßbevollmächtigten der Wahrnehmung von Terminen nicht gleichzustellen. Eine Versäumnisentschädigung für Wege der Partei innerhalb ihres Wohnorts zum Anwalte behufs Instruktion ist nicht zuzubilligen.

g) Auslagen für Instruktionsreisen.

OLG. Braunschweig, R. **04** 577: Wenn eine auswärtige Partei, obwohl an ihrem Wohnsitze ein bei dem Prozeßgerichte zugelassener Rechtsanwalt wohnt, sich eines am Sitze des Prozeßgerichts wohnhaften Rechtsanwalts bedient, so sind die durch eine notwendige Instruktionsreise entstandenen Kosten erstattungsfähig. Da das Gesetz es als Regel ansieht, daß die Parteien sich durch einen am Sitze des Prozeßgerichts wohnenden und bei diesem zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen.

h) Reise zu einem Schwurtermine.

NaumbAK. **04** 80: Die Reisekosten der Partei zu einem Termin, in dem der Gegner einen Eid leisten soll, sind auch dann zu erstatten, wenn die Partei durch einen Anwalt vertreten ist.

VI. Abs. 2. Kosten des Rechtsanwalts.

1. Kosten des allgemeinen Büreauaufwandes.

OLG. Dresden, JW. **03** 68: Der allgemeine Büreauaufwand des Rechtsanwalts scheidet aus dem Auslagebegriffe der Gebührenordnung aus. Da nach den herrschenden Anschauungen eine Telephoneinrichtung zur ordnungsmäßigen oder doch üblichen Ausstattung einer Anwaltsexpedition zu rechnen ist, so ist der Anwalt nicht berechtigt, für die Benutzung des Fernsprechers im Ortsverkehre Kosten zu berechnen, gleichgültig, ob er als Entgelt für das Telephon eine

jährliche Bauschgebühr oder die Gesprächgebühr entrichtet. Anders beim Fernverkehre.

2. Vertretung in einem Beweisaufnahmetermin.

Die VZS., RG. 51 11, haben sich für die Ansicht entschieden, daß die Gebühren und Auslagen eines für die Vertretung einer Partei in einem auswärtigen Beweisaufnahmetermine substituierten Rechtsanwalts insoweit, als sie die Reisekosten und Tagegelder des Prozeßbevollmächtigten nicht übersteigen, in jedem Falle — gleichviel ob die Beweisaufnahme einfach oder schwierig ist — von dem in die Prozeßkosten verurteilten Gegner zu erstatten sind.

3. Ob Schreibgebühren für Abschriften, die der Anwalt für seine Partei zur Kenntnisnahme hat anfertigen lassen, erstattungsfähig sind oder nicht, wird verschieden beantwortet.

Verneint wird es für Abschriften von Urteilen und Beschlüssen vom OLG. 9 59 (Hamburg III. Zivils.): weil die Partei, welche die betreffenden Entscheidungen zu lesen wünscht, sie sich von ihrem Anwalte zur Einsicht geben lassen kann.

Dagegen wird es regelmäßig — und zwar zweifellos mit Recht — bejaht für die Abschriften von Schriftsätzen.

OLG. Hamburg, DJZ. 04 415: Der Anwalt ist berechtigt wie verpflichtet, die Schriftsätze des Gegners seinem Mandanten einzusenden zwecks Erlangung von Information. Andererseits muß der Anwalt seine Akten regelmäßig vollständig halten. Wohnt sein Mandant auswärts, so ist er daher berechtigt, von wesentlichen Schriftstücken eine besondere Abschrift für den Mandanten anfertigen zu lassen auf Kosten des ersatzpflichtigen Gegners, da dies zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung gehört.

KGBl. 04 71 (KG.): Prinzipiell ist die Frage nicht zu entscheiden. Ist nach dem Inhalte der Schriftsätze anzunehmen, daß die Prozeßbevollmächtigten eine Abschrift ihren Auftraggebern mitgeteilt haben würden und erscheint solche Mitteilung zur zuverlässigen Informationseinziehung und -Erteilung erforderlich, so ist die Erstattungsfähigkeit der Schreibgebühren für eine dem Gegner zu solchem Behufe gleich mitgeteilte Abschrift anzuerkennen. In der Regel wird der Anwalt, um jederzeit vollständige Akten zu haben, die ihm zugestellten Schriftsätze der Partei nicht zur Erklärung aushändigen können. Enthalten die ihm zugestellten Schriftsätze tatsächliche Behauptungen und Beweisanträge, welche ein Anhören der Partei zwecks Erklärung darüber erfordern, so ist eine Mitteilung einer Abschrift der einfachste und schnellste Weg zur Einziehung einer Information.

Ebenso OLG. 7 279 (KG.): Ob für eine zweite, zur Weitergabe an den Gegner verfertigte, Abschrift dem Rechtsanwalt Schreibgebühren zu erstatten sind, ist je nach dem einzelnen Falle zu entscheiden und dabei zu erwägen, ob sich die Herstellung einer Abschrift als eine notwendige und nützliche Anwendung darstellt.

Im Gegensatze zu diesen Entscheidungen sowie der Praxis des LG. II Berlin (vgl. KGBl. 04 71 Anm.) steht das LG. I Berlin (KGBl. 04 71) in feststehender Praxis auf dem Standpunkte, daß Schreibgebühren für Abschriften von Schriftsätzen, welche zur Mitteilung an die Gegenpartei persönlich bestimmt sind, nicht erstattungsfähig sind.

➳ Dieser engherzige Standpunkt ist nicht zu billigen. Zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung erforderlich sind alle diejenigen Aufwendungen, die geeignet sind, den Prozeßbetrieb zu erleichtern und insbesondere auch zu beschleunigen. Es liegt auf der Hand, wieviel schneller in vielen Fällen ein Anwalt auf einen Schriftsatz des Gegners antworten kann, wenn er

nicht notwendig hat, das ihm zugestellte Exemplar des Schriftsatzes aus der Hand zu geben oder es erst nochmals abschreiben zu lassen, ganz abgesehen davon, welche Bedenken der Weggabe des Originals entgegenstehen. Gerade in einer Zeit, in der so viel berechtigte und unberechtigte Klagen über Prozeßverzögerungen laut werden und in der es Mode geworden ist, die Anwälte als Sündenbock zu behandeln, sollten die Gerichte wenigstens ihrerseits jedes statthafte Mittel anerkennen, das zur Beschleunigung des Verfahrens dienlich ist, und nicht seine Anwendung mit der Motivierung abschneiden, daß es zwar geeignet ist, überflüssige Arbeit zu ersparen und den Prozeßgang zu beschleunigen, aber nicht direkt notwendig gewesen sei.

Übrigens gilt dies auch, wie gegenüber dem Beschlusse des KG. hervorzuheben ist, in den höheren Instanzen für solche Schriftsätze, die keine neuen Tatsachen, sondern ausschließlich Rechtsausführungen enthalten. Auch an der Mitteilung eines solchen Schriftsatzes kann der vorinstanzliche Anwalt ein erhebliches Interesse haben. — Red. ←

4. Korrespondenzgebühr.

Voraussetzungen für die Erstattungsfähigkeit im allgemeinen. **RG. JW. 03** 237: Die Erstattungsfähigkeit der Gebühr des sogenannten Korrespondenzmandatars ist nach der allgemeinen Regel des § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO. zu bestimmen, also davon abhängig, ob die Zuhilfenahme eines Korrespondenzmandatars seitens der erstattungsberechtigten Partei zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig war, worüber das Gericht nach freiem Ermessen zu entscheiden hat. Eine solche Notwendigkeit kann vorliegen, wenn es sich darum handelt, einen auswärtigen Prozeßbevollmächtigten mit Information zu versehen und diese Informationserteilung durch Vermittelung eines heimischen Rechtsanwalts erfolgen muß, weil ein erfolgreicher unmittelbarer Verkehr mit dem auswärtigen Prozeßbevollmächtigten seitens der Partei selbst mit Rücksicht auf deren Persönlichkeit oder mit Rücksicht auf sonstige besondere Umstände ausgeschlossen erscheint.

KGBl. **03** 18 (KG.): Die Unkenntnis der deutschen Sprache auf seiten der ausländischen Prozeßpartei begründet nicht unbedingt die Erstattungsfähigkeit der Korrespondenzgebühr eines ausländischen Anwalts.

5. Erstattung der Kosten mehrerer Rechtsanwälte.

→ Die Bedeutung der Vorschrift, daß die Kosten mehrerer Rechtsanwälte dann zu erstatten seien, wenn in der Person des Rechtsanwalts ein Wechsel eintreten mußte, bereitet der Judikatur nach wie vor Schwierigkeiten. Die Grundsätze, von denen die Obergerichte bei Beantwortung der Frage, ob bei Niederlegung des Mandats durch den Bevollmächtigten im Sinne des § 91 Abs. 2 Satz 2 eine Notwendigkeit des Wechsels vorliegt, ausgehen, weichen voneinander ab. — Red. ←

OLG. Darmstadt, DJZ. **04** 655 erklärt die Kosten beider Anwälte für erstattungsfähig, wenn der erste Anwalt das Mandat vertragswidrig kündigt, die Herausgabe der Handakten aber von Bezahlung der Kosten abhängig macht und infolgedessen der Mandant die Kosten bezahlt. Die Partei hat jedoch dem zur Erstattung verpflichteten Gegner den Rückerstattungsanspruch abzutreten.

→ Das ist schwerlich zutreffend. Hat die Partei einen Rückerstattungsanspruch gegen den Anwalt wegen ungeschuldet gezahlter Gebühren, so kann der Gegner niemals verpflichtet sein, die nicht geschuldeten, aber gezahlten Gebühren zu erstatten und sich mit der Abtretung des Anspruchs zu begnügen. Die Partei mag ihren Ersatzanspruch selbst geltend machen. Es ist schwerlich gerechtfertigt, daß der Gegner und nicht die Partei selbst das Risiko für die Einbringlichkeit des Rückerstattungsanspruchs trägt. — Red. ←

Auf das Verschulden des ersten Anwalts legt dagegen OLG. Marienwerder, SeuffA. **59** 203, den Nachdruck. Wenn der erste Anwalt die Anwaltschaft wegen begangener strafbarer Handlungen aufgegeben hatte, so ist der Mandant nicht verpflichtet, ihm die Gebühren zu erstatten, da die Mandatsniederlegung auf einem Verschulden des Anwalts beruht. Tut er dies trotzdem, so kann er Erstattung nicht fordern.

Ebenso KG., KGBl. **03** 17: Da der Mandant einem Anwalt, der grundlos die Vollmacht niederlegt, Gebühren nicht schuldet und einer den gezahlten Vorschuß zurückfordern kann, kann er die Kosten dieses Anwalts nicht vom Gegner erstattet verlangen.

Wie es im Falle einer geleisteten Vorschußzahlung steht, wird dahingestellt gelassen.

6. Reisekosten eines auswärtigen Anwalts.

Nach Wurzer, DJZ. **03** 146, sind die Reisekosten eines nicht am Sitze des Gerichts wohnenden Rechtsanwalts zur Wahrnehmung des Termins dann nicht erstattungsfähig, wenn am Gerichtsorte ein Prozeßagent mit der Abhaltung des Termins betraut werden konnte.

Dagegen (mit Recht!) Hähn eb. 447 f.: Abs. 2 spricht nur den Grundsatz aus, daß ein auswärtiger Rechtsanwalt nicht zugezogen werden dürfe, wenn die Bevollmächtigung eines einheimischen möglich war; in das Recht der Partei, überhaupt einen Rechtsanwalt zuzuziehen, will die Vorschrift nicht eingreifen. Erstattungsfähig sind Reisen des Anwalts zu Verhandlungs-, Beweis- und Entscheidungsterminen.

7. Über die Kosten im Urkundenprozeß bei Erlaß eines Urteils im ordentlichen Verfahren s. § 600.

Über die Kosten des Nachverfahrens im Urkundenprozeß vgl. § 600.

Über die Kostenpflicht des Arrestklägers, der nach Mitteilung des Gesuchs seitens des Gerichts an den Gegner den Antrag zurückgenommen hat, vgl. zu § 922.

Über Erstattungsfähigkeit der Kosten einer Streitverkündung s. § 72.

§ 92. 1. SächsOLG. **25** 452: Die ZPO. geht davon aus, daß die Kosten eines Rechtsstreits als Einheit aufzufassen sind. Von den gesetzlichen Ausnahmefällen der sog. Kostenseparation (§§ 75, 94 bis 96, 344 u. a.) abgesehen, kennt daher das Gesetz in allen Fällen, in denen nicht einem einzigen Prozeßsubjekte alle Kosten zur Last fallen, nur eine Verteilung der Kosten nach Quoten, bzw. deren Aufhebung (ZPO. §§ 92, 97) oder nach Kopfteilen (§ 100). Eine andere Kostenverteilung ist regelmäßig unstatthaft. Insbesondere ist es, soweit nicht § 100 Abs. 3 ZPO. einschlägt, prinzipwidrig, die Kosten herauszuziehen und jedem Streitgenossen einzeln aufzuerlegen, die, wie z. B. Zustellungskosten, nur im Verhältnisse zu ihm entstanden sind.

2. Wirkung der Quotenverteilung im Kostenfestsetzungsverfahren.

OLG. Colmar, R. **03** 505: Wenn die Prozeßkosten nach Quoten unter den Parteien verteilt sind, ist die Gebühr der Rechtsanwälte im Kostenfestsetzungsverfahren weder von dem Gesamtbetrage der beiden Kostenforderungen noch von dem Betrage der Forderung der einen oder anderen Partei, sondern von demjenigen bei der Ausgleichung ermittelten Betrage zu berechnen, der von der einen Partei an die andere zu erstatten ist.

3. Über Kostenteilung im allgemeinen.

OLG. **5** 170 (Karlsruhe): Die Bestimmungen der ZPO. über Kostenteilung sind keineswegs erschöpfend und bedürfen daher — wenigstens für den im Gesetze nicht geregelten Fall, daß der prozeßrechtliche Tatbestand des Unterliegens oder

Obsiegens zur Hauptsache wegen Erledigung derselben fehlt — der Ergänzung im Wege des richterlichen Ermessens auf der Grundlage der Analogie und der Natur der Sache.

4. Grundsatz bei der Quotenverteilung.

OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 227: Die Bestimmung des § 92 ist dahin zu verstehen, daß jede Partei von den gesamten Kosten den entsprechenden Teil zu tragen hat, nicht so, daß sie von jeder einzelnen Gebühr die entsprechende Quote trägt.

OLG. Colmar, R. **03** 705: Wenn die Prozeßkosten nach Quoten unter den Parteien verteilt sind, ist die Gebühr der Rechtsanwälte im Kostenfestsetzungsverfahren weder von dem Gesamtbetrage der beiden Kostenforderungen noch von dem Betrage der Forderung der einen oder anderen Partei, sondern von demjenigen bei der Ausgleichung ermittelten Betrage zu berechnen, der von der einen Partei an die andere zu erstatten ist.

5. Ausscheidung von Prozeßkosten nach Parteirollen.

Laux, DJZ. **03** 196, behandelt die Frage der Zulässigkeit der Ausscheidung von Prozeßkosten nach Parteirollen. Das BayrObLG. wie auch das **RG.** JW. **00** 650[8], 411[3] stehen auf dem Standpunkte, daß eine Ausscheidung der Kosten nach Parteirollen der ZPO. fremd sei, diese kenne nur eine Aufhebung der beiderseitigen oder eine Quotisierung aller Kosten. Die Praxis der unteren Instanzen hat sich gleichwohl von der Ausscheidung der Kosten nach Parteirollen mit Recht nicht vollständig losgesagt. Die Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit muß von Fall zu Fall beurteilt werden. Ein allgemeiner Hinweis auf die dem Geiste des Gesetzes entsprechende Quotisierung wird zur Widerlegung der Zulässigkeit kaum genügen.

6. Analoge Ausdehnung des § 92.

OLG. **5** 168 (Karlsruhe): Daß der Beklagte durch sein Verhalten die Klage veranlaßt hat, kann die Kostenpflicht desjenigen Beklagten, welcher den Kläger während des Prozesses befriedigt und diese Befriedigung im Prozesse geltend gemacht hat, insoweit nicht begründen, als nach Erlöschung des Klagerechts der Kläger zu Unrecht weiter prozessiert und dadurch weitere Kosten verursacht hat. In diesem Falle muß vielmehr in analoger Anwendung des § 92 eine verhältnismäßige Teilung der Kosten eintreten, da eine Belastung weder des Klägers noch des Beklagten mit sämtlichen Kosten hier der Natur der Sache und den Anforderungen der Billigkeit entsprechen würde: des klaglos gestellten Klägers deshalb nicht, weil er zur Klagerhebung berechtigt und veranlaßt war, des durch nachträgliche Erfüllung dem Klaganspruch Genüge leistenden Beklagten deshalb nicht, weil die nach diesem Zeitpunkt entstehenden Kosten nicht durch sein Verhalten, sondern durch grundloses Prozessieren des Gegners veranlaßt sind.

§ 93. I. Allgemeines.

1. Grundgedanke des § 93.

BayrObLG., R. **04** 106: Die Anwendung des § 93 hat zur Voraussetzung, daß der Beklagte dem Klaganspruche sich schlechthin unterwirft und sich jeder Verteidigung entschlägt.

2. Beweislast.

Die Frage, wem der Nachweis der Voraussetzungen des § 93 obliegt, ist zwischen dem OLG. Jena und Frankfurt streitig.

a) OLG. Jena, ThürBl. **51** 71: Die Vorschrift des § 93 bildet eine Ausnahme von der Regel des § 91, wonach die Kosten des Rechtsstreits der unterliegenden Partei zur Last fallen. Die Voraussetzungen ihrer Anwendung sind daher von der unterliegenden Partei darzulegen, d. i. notwendig dem

Beklagten, da bei Unterliegen des Klägers der § 93 überhaupt nicht in Frage kommt.

b) OLG. Frankfurt, R. **03** 266: Um die Kostenlast von sich auf den Kläger abzuwälzen, braucht der Beklagte sich nur auf sein sofortiges Anerkenntnis zu berufen; Sache des Klägers ist es, dieser Rechtswirkung dadurch vorzubeugen, daß er nachweist, der Beklagte habe zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben.

➠ Die Ansicht des OLG. Frankfurt ist unrichtig. Jedes Anerkenntnis — und mithin auch das „sofortige“ — hat auf Antrag die Verurteilung des Schuldners dem Anerkenntnisse gemäß zur Folge (§ 307). Als unterliegende Partei hat er folglich die Kosten zu tragen. Dieser Kostenpflicht kann er nur dadurch entgehen, daß er seinerseits das Fehlen einer Veranlassung zur Klage nachweist.

Auch die Fassung des § 93 spricht für diese Verteilung. — Red. ⟵

3. Sofortiges Anerkenntnis des Erben.

SächsOLG. **25** 455: Hat der Erblasser schon durch seinen Erfüllungsverzug dem Kläger zur Klagerhebung Veranlassung gegeben, so muß der beklagte Erbe die prozessualen Folgen dieses Verhaltens mit auf sich nehmen.

4. Voraussetzung der Anwendung des § 93 im allgemeinen.

SächsOLG. **22** 282: Um die Ausnahmevorschrift des § 93 Platz greifen zu lassen, reicht es nicht aus, daß hinterher festgestellt wird, der Kläger würde auch ohne Beschreitung des Klagewegs schon durch eine einfache außergerichtliche Mahnung sich die Befriedigung seines Begehrens haben verschaffen können, es muß vielmehr hinzukommen, daß er bei Anwendung der gebotenen Aufmerksamkeit sich des Eintritts dieses Erfolges auch schon vorher hätte bewußt sein müssen. Denn nur wenn dies der Fall war, wenn der Kläger sich also von vornherein sagen mußte, daß er nach Befinden auch ohne Klaganstellung zum Ziele gelangen werde, läßt sich ihm aus der unterlassenen vorherigen Mahnung des Schuldners ein Vorwurf machen und rechtfertigt es sich alsdann, ihn trotz seines Obsiegens in der Hauptsache mit den Prozeßkosten zu belasten.

➠ Diese Entscheidung trägt in der Sammlung als Überschrift den Satz: „Kostenersatzpflicht des obsiegenden Klägers aus § 93 ZPO. setzt schuldhaftes Verhalten des Klägers voraus.“ Das ist nicht zu billigen. Die Kostenpflicht des Klägers hängt von keinem Verschulden auf seiner Seite ab, sondern nur davon, daß er ohne Veranlassung sofort den Beklagten vor Gericht geladen hat. Ob er Veranlassung gehabt hat, entscheidet sich in erster Linie nach dem Verhalten des Beklagten. Das geht aus dem Wortlaute des § 93 unzweideutig hervor, und es liegt keine Veranlassung vor, in diese Bestimmung ein Schuldmoment hineinzuinterpretieren. Hat der sofort anerkennende Beklagte keine Veranlassung zur Klage gegeben, so treffen den Kläger die Kosten auch dann, wenn ihm keinerlei Verschulden zur Last gelegt werden kann. — Red. ⟵

II. Das sofortige Anerkenntnis.

1. OLG. Darmstadt, DJZ. **03** 552: Die Kostenregel des § 93 ZPO. ist nicht schon anwendbar, wenn der Beklagte nicht durch sein Verschulden Anlaß zur Erhebung der Klage gegeben hat, sondern es gehört dazu auch eine sofortige Anerkennung des Anspruchs, und zwar in der ersten mündlichen Verhandlung. Die objektive Tatsache der Anerkennung ist allein entscheidend, und das subjektive Schuldmoment, d. h. die Frage, ob dem Beklagten z. Zt. seiner ersten Verhandlung bereits das Überzeugtsein von der Begründung des Anspruchs zuzumuten war, bleibt für die Kostenpflicht außer Betracht.

Hierzu OLG. **5** 468 (Dresden): Ein „sofortiges“ Anerkenntnis ist nur dann vorhanden, wenn es in der ersten mündlichen Verhandlung ausgesprochen wird.

2. Die Vorschrift, daß der Beklagte, der der Kostenpflicht entgehen will, im ersten Termin anerkennen muß, erleidet selbstverständlich in solchen Fällen eine Ausnahme, in denen der Klaganspruch in der ursprünglich geltend gemachten Fassung ungerechtfertigt war. Hier genügt es, wenn der Beklagte sofort anerkennt, nachdem die ursprünglichen Hindernisse gehoben sind.

Hierher gehören die folgenden Erkenntnisse:

a) OLG. **5** 468 (Dresden): Sofort ist ein Anerkenntnis auch dann abgegeben, wenn es in der ersten mündlichen Verhandlung überhaupt oder doch in der ersten nach Entstehung oder Fälligwerden des Anspruchs oder bei einer Klagänderung in der ersten nach Geltendmachung des neu gestalteten Anspruchs ausgesprochen wird.

b) **RG. 52** 141: Wenn der Kläger, obschon die Forderung einem Dritten verpfändet war, auf Zahlung an sich klagt, und erst später den Antrag auf Zahlung an sich und die Pfandgläubiger richtet, so ist der Beklagte von Kosten frei, wenn er nach Stellung des neuen Antrags den Anspruch sofort anerkennt.

3. Bestreiten im vorbereitenden Schriftsatze.

OLG. Frankfurt, R. **03** 20: Dem Erfordernisse der sofortigen Anerkennung des Klaganspruchs wird dadurch genügt, daß der Beklagte in der ersten mündlichen Verhandlung das Anerkenntnis erklärt; Bestreiten in einem vorbereitenden Schriftsatze hindert nicht die Anwendbarkeit des § 93.

4. Klaglosstellung ohne Anerkenntnis des Klaganspruchs.

RG. 53 324: Eine analoge Ausdehnung des § 93 für alle Fälle einer sofortigen Klaglosstellung ist nicht zu billigen. Die Klaglosstellung kann gegenüber dem Anerkenntnis ein Mehr sein und wird dies auch in der Regel sein, nämlich dann, wenn die Klaglosstellung in Anerkennung des Klaganspruchs erfolgt. Von diesem Gesichtspunkt aus kann daher mit Recht gesagt werden, daß die Erfüllung wegen des darin enthaltenen Anerkenntnisses der Anwendung des § 93 Raum gab. Wo dagegen die Klaglosstellung nicht in Anerkennung des Klaganspruchs erfolgt, ist sie etwas von dem Anerkenntnisse Verschiedenes und es kann § 93 auch nicht analog angewendet werden. Für den § 93 war die Erwägung des Gesetzgebers entscheidend, den Beklagten solle die Kostenpflicht dann nicht treffen, wenn er erstens durch sein Verhalten nicht zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hat und zweitens den gegen ihn erhobenen Anspruch sofort als begründet anerkennt, und zwar um deswillen, weil sein sofortiges Anerkenntnis des Anspruchs als begründet den Schluß rechtfertigt, daß er auch bei nicht gerichtlicher Aufforderung den Klaganspruch erfüllt hätte; diese Erwägung des Gesetzgebers trifft auf den Fall nicht zu, wenn der Beklagte zwar in der Hauptsache dem Klagbegehren nachkommt, aber nicht unter Anerkennung desselben als eines begründeten, sondern — gewissermaßen mit Vorbehalt — unter fortdauernder Bestreitung desselben als unbegründeten.

➠ Diese Entscheidung, die unter Aufhebung des abweichenden kammergerichtlichen Erkenntnisses erfolgt ist, ist gewiß zutreffend. Die Ansicht des KG., OLG. **3** 435, wonach das zur Anwendung des § 93 erforderliche Anerkenntnis „dadurch ersetzt wird, daß Beklagter schon lange vor dem Termine bezahlt hat“, ist in dieser Fassung durchaus verfehlt.

Daß andererseits das bloße Anerkenntnis ohne Erfüllungsbereitschaft gleichfalls zur Abwälzung der Kosten auf den Kläger nicht genügt, hebt die nachfolgende Entscheidung des OLG. Posen mit Recht hervor. — Red. ←

5. Erfüllungsbereitschaft.

OLG. Posen, PosMschr. **04** 114: Zu einem wirksamen Anerkenntnis gehört noch die Erfüllung oder wenigstens die Erfüllungsbereitschaft und deren Betätigung. Das lediglich mündlich abgegebene Anerkenntnis reicht nicht aus.

Mithin wurde die Kostenpflicht des Beklagten trotz des sofortigen Anerkenntnisses in der ersten mündlichen Verhandlung in folgendem Falle bejaht.

6. OLG. **9** 65 (Posen): Läßt, wenn auch nicht der Wortlaut des Klagantrags, so doch der Inhalt der Klaganführungen und der voraufgegangenen Mahnung deutlich erkennen, welche Forderung erfüllt werden soll, so darf der Schuldner nicht einfach den erhobenen Anspruch bestreiten, sondern er hat, wenn er sich vor Rechtsfolgen sichern will, anzubieten, was er in Wirklichkeit schuldet.

III. Veranlassung zur Klage.

1. OLG. Posen, PosMschr. **04** 113: Darin, daß der Kläger den Beklagten im Jahre 1885 einmal zur Erteilung der Löschungsbewilligung vergeblich aufgefordert hat, kann ein vor der Klagerhebung begründeter Verzug des Beklagten nicht gefunden werden. Denn wenn der Kläger nach der einmaligen erfolglosen Aufforderung 18 Jahre hindurch keine Schritte mehr getan hat, um die Löschungsbewilligung zu erlangen, so ist daraus zu schließen, daß entweder die Aufforderung überhaupt nicht ernstlich gemeint war oder daß der Kläger von seinem Verlangen nachträglich abgegangen ist und dadurch den durch die Aufforderung bewirkten Verzug des Erblassers der Beklagten wieder beseitigt hat.

2. OLG. Breslau, R. **03** 578: Wenn der Schuldner die Wahl hat zwischen Barzahlung und Hingabe eines Wechselakzepts, so kann nach § 264 BGB. der Gläubiger wegen der Geldforderung pfänden lassen, der Schuldner kann aber durch Hingabe eines Wechselakzepts den Gläubiger befriedigen. Es genügt nicht, daß er sich zur Übersendung eines Wechselakzepts brieflich erbietet, auch nicht, daß der Gläubiger darauf nicht antwortet. Nur wenn der Gläubiger erklärt hätte, daß er die Leistung nicht annehmen werde (§ 295 BGB.), würde eine genügende Veranlassung zur Klage auf Aufhebung der Pfändung gegen Empfang eines Akzepts gegeben sein. Daher sind der Klägerin die Kosten nach § 93 aufzuelregen, da Beklagter den Anspruch sofort anerkannt hat.

3. Die Obergerichte neigen immer noch der Ansicht zu, daß das Verhalten des Beklagten nach der Klagzustellung für die Entscheidung der Frage, ob er Veranlassung zur Klagerhebung gegeben habe, zu berücksichtigen ist.

a) OLG. **9** 63 (Bamberg): Allerdings erscheint das Verhalten des Gläubigers in der Zeit von der Klagerhebung bis zum Verhandlungstermine für die Kostenerstattungspflicht im allgemeinen gleichgültig. Es können jedoch Äußerungen des Beklagten in der Zwischenzeit — z. B. „ich werde alles auf den Schwur treiben" — einen Belag dafür bieten, daß die auf jene Äußerung gestützte Annahme, der Beklagte habe von vornherein beabsichtigt, die Sache im Prozeßwege austragen zu lassen, vollkommen gerechtfertigt war.

b) OLG. **9** 64 (Stettin): Auch das Verhalten des Beklagten nach dem ersten Verhandlungstermine, in dem er den auf Zustellung der Klage fällig gewordenen Anspruch sofort anerkannt hat, kann einen Rückschluß darauf zulassen, daß er auch bei ordnungsmäßiger Mahnung nicht der Klagforderung nachgekommen sein würde. Er hat daher doch zu einer Klage Veranlassung gegeben.

c) OLG. Posen, PosMschr. **04** 114: Die Klage ist im Mai 1903 zugestellt. Das Anerkenntnis der Beklagten ist in der mündlichen Verhandlung vom 2. März 1904 abgegeben, und in dieser ist auch das Urteil erlassen. Zehn Monate sind seit der Klagerhebung vergangen, ohne daß die Beklagten ihren Verpflichtungen nachgekommen wären. Einige von ihnen stellten zwar die Löschungs-

bewilligung aus, keiner aber händigte dem Kläger die zu ihrer Legitimation als Erben M. erforderlichen Urkunden aus. Diese Urkunden hätten die Beklagten aber, nachdem sie durch die Klage in Verzug gesetzt worden waren, binnen angemessener Frist, als welche die von 10 Monaten unbedenklich anzusehen ist, beschaffen müssen. Sie ließen jedoch diese Frist unbenutzt verstreichen. Dieser Mangel an Erfüllungsbereitschaft während so langer Zeit rechtfertigt ohne weiteres den Rückschluß, daß die Beklagten einer einfachen Aufforderung zur Erteilung der Löschungsbewilligung erst recht nicht Folge geleistet haben würden. Sie können sich mithin nach solchem Verhalten nicht noch darauf berufen, unbegründeterweise mit der Klage belangt worden zu sein. Es ist vielmehr anzunehmen, daß der Kläger ohne Klagerhebung nicht sobald zu seinem Rechte gelangt wäre, somit objektiv eine Veranlassung zur Klage vorgelegen hat.

d) OLG. **5** 40 (Dresden): Ob der Kläger Grund hatte, den Prozeßweg zu beschreiten, beantwortet sich keineswegs allein aus dem Verhalten des Schuldners vor der Klagzustellung. Unter Umständen lassen sich auch aus dem späteren Verhalten rückwärts Schlüsse daraus ziehen, daß der Kläger ohne Anweisung des Richters doch nicht zum Ziele gelangt sein würde. Dieser Schluß ist dann gerechtfertigt, wenn der Beklagte den Anspruch zwar sofort anerkennt, aber nicht befriedigt.

e) OLG. Frankfurt, R. **03** 20: Für die Frage, ob der Beklagte Veranlassung zur Klagerhebung gegeben habe, kann sein Verhalten nach der Klagerhebung nur insofern in Betracht kommen, als bei einem zweideutigen Verhalten des Beklagten vor der Klagerhebung sein späteres Verhalten dazu dienen kann, sein früheres in das rechte Licht zu setzen, nämlich darzutun, daß der Beklagte ohne Beschreiten des Rechtswegs den Kläger nicht befriedigt haben würde.

IV. Über die Kostenpflicht des mit der Hypothekenklage verklagten Grundstückseigentümers, der den Anspruch sofort anerkennt, vgl. die beiden folgenden Erkenntnisse des KG. und des OLG. Dresden:

1. OLG. **6** 386 (KG.): Der Grundstückseigentümer, der im Termin den Anspruch sofort anerkennt, hat die Kosten der Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung zu tragen, falls ihn der Gläubiger vergeblich um die Erteilung eines Schuldanerkenntnisses in einer vollstreckbaren Urkunde ersucht hat.

2. SächsOLG. **25** 455: Der Schutz des § 93 ZPO. kann dem Beklagten regelmäßig nur da zustatten kommen, wo die Umstände so liegen, daß sich annehmen läßt, der Kläger hätte auch ohne Anrufung richterlicher Hilfe zu seinem Rechte gelangen können, wo sich also die Beschreitung des Prozeßwegs als eine überflüssige oder verfrühte Maßnahme darstellt. Der Hypothekengläubiger, der wegen seiner Forderung Befriedigung aus dem Pfandgrundstücke sucht, bedarf hierzu eines vollstreckbaren Schuldtitels, und diesen sich zu verschaffen hat er, wenn der Pfandschuldner nicht freiwillig zu seiner Befriedigung mitwirkt, kein anderes Mittel als das der Klaganstellung. Sache des Beklagten ist es daher, der drohenden Prozeßerhebung dadurch vorzubeugen, daß er den drängenden Hypothekengläubiger rechtzeitig befriedigt, sei es durch Rückzahlung der Hypothek oder durch Einräumung der im § 1149 BGB. bestehenden Rechte, oder endlich dadurch, daß er dem Gläubiger eine Urkunde ausstellt, worin er sich in Ansehung der streitigen Hypothek der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Grundstück unterwirft. Er darf der ausgesprochenen Hypothekenkündigung gegenüber nicht untätig sein, sondern hat unaufgefordert das Seinige mit zu tun, um den Gläubiger klaglos zu stellen. (Ebenso OLG. Celle, JDR. **1** § 93 Ziff. 7.).

➾ Die Ansicht des KG. dürfte doch wohl die zutreffendere sein. Für die Entscheidung der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Beklagte

durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hat, können abstrakte Grundsätze nicht allein maßgebend sein. Es kommt vielmehr in Betracht, ob nicht der Kläger in der Lage gewesen wäre, durch geringfügige, ihm nach der im Verkehr herrschenden Auffassung sehr wohl zuzumutende Maßnahmen den Beklagten zur Befriedigung des Klaganspruchs zu bewegen. — Red. ←

V. Über die zweifelhafte Frage, unter welchen Voraussetzungen der pfändende Gläubiger Anlaß zur Reklamationsklage gibt, sind die Obergerichte nach wie vor verschiedener Ansicht (vgl. JDR. **1** § 93 Ziff. 2), so daß also die Entsch. d. **RG** JW. **02** 214 keine Rechtseinheit zu schaffen vermocht hat.

1. KGBl. **03** 30 (KG.): Der pfändende Gläubiger gibt erst dann Veranlassung zur Interventionsklage des Eigentümers, wenn ihm die Tatsachen glaubhaft dargelegt sind, auf welche der intervenierende Dritte sein Recht stützt. Dem Gläubiger muß Gelegenheit gegeben werden, das Recht des Dritten zu prüfen. Die Vorlage eines Ehevertrags der intervenierenden Ehefrau, welcher die Objekte nicht aufzählt, die Versicherung des Ehemanns vom Eigentum der Ehefrau, die Aufforderung Dritter zur Freigabe ohne Ausweise über ihre Person, welche erklären, daß sie das Eigentum des Intervenierenden beschwören würden, genügt nicht, desgleichen nicht die Zustellung eines Einstellungsbeschlusses nach § 769 ZPO.

2. Speziell für den Fall der Ehefrauen-Reklamationsklage und die Vermutung aus § 1362 BGB. OLG. **9** 64 (Bamberg):

Die gesetzliche Vermutung des § 1362 ist dadurch, daß die Klägerin dem Beklagten lediglich mitteilte, die gepfändeten Gegenstände seien ihr Eigentum, nicht entkräftet worden, da sich aus dieser Mitteilung allein ohne tatsächliche Begründung kein Anhaltspunkt für das Eigentum der Klägerin ergibt. Der Beklagte war daher berechtigt, die bei dem Schuldner vorgefundenen Gegenstände zu pfänden und angesichts des Umstandes, daß die Klägerin versäumt hat, die Behauptung ihres Eigentums glaubhaft zu machen, an dem gesetzmäßig erworbenen Pfandrecht vorerst festzuhalten. Das Verlangen, dem Eigentümer, der vom pfändenden Gläubiger die Freigabe verlange, liege keine Verpflichtung ob, sein Eigentum glaubhaft zu machen, kann nicht gebilligt werden. Auf unsubstanziierte Behauptungen eines Dritten braucht der Gläubiger sein Pfandrecht nicht sofort aufzugeben.

3. Über die Erfordernisse der Glaubhaftmachung sagt OLG. Posen, PosMschr. **04** 80 — das übrigens auf dem abweichenden Standpunkte steht (s. unten Ziff. 5a) —, daß keinesfalls eine Glaubhaftmachung im prozessualen Sinne zu fordern sei. Durch Überreichung der Mahnung mache der Gläubiger jedenfalls seinen Anspruch genügend glaubhaft.

4. OLG. **5** 63 (Cöln) sagt, daß, wenn man auch in manchen Fällen vom Kläger verlangen könnte, daß er seinen Eigentumsanspruch vor Erhebung der Klage dem Kläger glaubhaft mache, so gehe es doch zu weit, wenn das KG., OLG. **5** 38, begehrt, die klagende Partei müsse dem Prozeßgegner das Material liefern, damit dieser sich die Überzeugung von der Begründetheit des Klaganspruchs verschaffen könne.

5. Dagegen stehen auf dem Standpunkte des RG.:

a) OLG. Posen, PosMschr. **04** 80: Es besteht keine gesetzliche Vorschrift, wonach ein Kläger zur Vermeidung der Kostentragung vor Anstellung der Klage für das von ihm geltend gemachte Recht einen Nachweis zu erbringen hat. Allerdings muß dem Beklagten vorher bekannt geworden sein, welchen Anspruch der Kläger erheben will. Dies genügt aber, um die Verantwortung dafür, ob er den Anspruch anerkennen will oder nicht, dem Beklagten auch

bezüglich der Kosten aufzuerlegen. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb bei der Inanspruchnahme von Sachen, an denen ein Dritter auf Grund des Besitzes seines Schuldners Rechte erworben zu haben glaubt, der sein Eigentum geltend Machende die weitergehende Verpflichtung zur Glaubhaftmachung seines Eigentums haben sollte. Der Umstand, daß das Vorgehen des Beklagten auf den Besitzstand seines Schuldners, also auf dessen vermutetes Eigentum begründet ist, schützt ihn zwar vorläufig; aber dieser Schutz dauert nur so lange, bis ihm vom Eigentumsprätendenten mitgeteilt wird, daß er das Eigentum geltend mache, also der Besitzer nicht der Eigentümer sei.

b) SächsOLG. **24** 155: Hat der reklamierende Dritte, noch bevor er die Widerspruchsklage des § 771 ZPO. erhebt, einen Einstellungsbeschluß erwirkt und diesen Beschluß dem Gegner zugestellt, so kann dieser auch, ohne daß es noch einer Aufforderung zur Freigabe bedürfe, entnehmen, daß der Dritte nicht nur ein die Veräußerung hinderndes Recht an den Pfandgegenständen für sich beanspruchte, sondern er sein Recht auch weiter zu verfolgen beabsichtige und es bereits nach Maßgabe der Bestimmungen der §§ 771 Abs. 3 u. 769 Abs. 1 Satz 2 in tatsächlicher Hinsicht begründet und glaubhaft gemacht hatte. Seine Sache ist es daher, sich mit dem reklamierenden Dritten sobald wie nur möglich in Verbindung zu setzen; schweigt er, so gibt er dem Gegner hinlänglich Anlaß zur Klagerhebung. § 93 schlägt daher nicht ein und es bleibt bei den allgemeinen Bestimmungen des § 91 Abs. 1.

6. Gegen eine direkte Pflicht zur Glaubhaftmachung bei Interventionsklagen spricht sich auch OLG. Zweibrücken, PfälzRpr. **1** 48 aus:

Es kann dahingestellt bleiben, ob bei derartigen Klagen angesichts der durch den Besitz der Pfandsache begründeten Vermutung des Eigentümers von der Bestimmung des § 93 ZPO. zugunsten des pfändenden Gläubigers Gebrauch gemacht werden kann und ob der Satz als richtig anzuerkennen ist, daß dem Gläubiger Zeit und Gelegenheit gegeben werden muß, sich davon zu überzeugen, wie es sich mit dem seinem Pfandrechte entgegenstehenden Rechte des Dritten verhält. In jedem Falle geht es zu weit, von dem intervenierenden Dritten die direkte Glaubhaftmachung seines Rechtes zu verlangen; eine derartige Verpflichtung ist im Gesetze nirgends begründet, auch das wirtschaftliche Bedürfnis geht nicht so weit, sie zu rechtfertigen. Vielmehr ist es Sache des Gläubigers, seinerseits Klarheit darüber herbeizuführen, ob er das Risiko eines Prozesses auf sich nehmen will oder nicht; denn es darf nicht außer acht gelassen werden, daß die nächste und unmittelbare Veranlassung zur Klage des Dritten die Pfändung bildet.

Wenn es auch von den Umständen des Einzelfalls abhängen mag, welcherlei Schritte zur Aufklärung des Rechtsverhältnisses dem Gläubiger zuzumuten sind, und deshalb von dem intervenierenden Dritten zu verlangen sein wird, daß er das Seinige tut, um dem Aufklärungsstreben des Gläubigers entgegenzukommen, so wird doch daran festzuhalten sein, daß bei einem völlig positiven Verhalten des Gläubigers sich regelmäßig nicht annehmen läßt, daß er zur Klage keine Veranlassung gegeben hat.

7. OLG. Jena, ThürBl. **51** 71: In der Tatsache der Pfändung liegt nicht schon ein Veranlassunggeben zur Klagerhebung. Wohl aber liegt sie dann vor, wenn der Beklagte auf die Aufforderung des Klägers zur Freigabe sich rein passiv verhält. Es ist seine Sache, darzutun, daß er die Freigabe alsbald bereitet oder seine Bereitschaft, die Angelegenheit ohne Prozeß zu erledigen, an den Tag gelegt habe.

8. Ebenso OLG. Jena, ThürBl. **51** 218: Ein begründeter Anlaß zur Klagerhebung ist nicht schon im Akte der Pfändung zu finden; der pfändende Gläubiger

ist vielmehr zunächst davon, daß Eigentumsansprüche an den gepfändeten Gegenständen erhoben werden, in Kenntnis zu setzen, um ihm die Möglichkeit zu geben, sich über die Freigabe schlüssig zu machen und zu erklären. Er ist aber nicht berechtigt, diese Entschließung und Erklärung von einer vorgängigen Glaubhaftmachung des Eigentumsanspruchs seitens des reklamierenden Dritten abhängig zu machen, vielmehr muß er sich mit dessen einfacher Behauptung seines Eigentumsrechts begnügen und kann nur noch verlangen, daß ihm zur Prüfung und Erkundigung darüber angemessene Zeit gelassen werde.

9. *Brückmann, DJZ. **04** 689 ff., erörtert speziell die Stellung der Ehefrauen in den Interventionsprozessen. Er schließt sich in der Frage der Kostenpflicht im Falle alsbaldigen Anerkenntnisses im Prozesse nach voraufgegangenem Bestreiten durchaus der Praxis des RG. an und befürwortet eine möglichst weitgehende Auslegung des § 93 zugunsten des Gläubigers. Hinsichtlich des „vielleicht wichtigsten Typus" unter den Intervenienten, den Ehefrauen, liegt keinerlei Grund vor, von dieser Praxis abzuweichen. Gerade ihre Stellung ist, wenn alle gesetzlichen Hilfsmittel beachtet werden, relativ sehr günstig. Einmal können sie sich auch wenigstens in denjenigen Fällen die Rechnungen aufbewahren, wo das eingebrachte oder vorbehaltene Gut aus erst anläßlich der Ehe vorgenommenen Anschaffungsgeschäften oder Abzahlungskäufen stammt. — Ferner gibt die Möglichkeit des Ehevertrags Gelegenheit, sich über das eingebrachte Gut auszulassen und es gehörig zu individualisieren. — Soweit drittens die Sachen Vorbehaltsgut sind, müssen und vor allem können sie es ins Güterrechtsregister eintragen lassen. — Schließlich aber gewährt der § 1372 BGB. (Bestandsverzeichnispflicht) ein außerordentlich durchgreifendes Mittel auch für die Beziehungen nach außen. Denn das Bestandsverzeichnis enthält ein Anerkenntnis des Mannes in der Regel zu einer Zeit, wo vielleicht von Schiebungsneigungen noch keine Rede sein kann, und hat mindestens ebensoviel Beweiskraft, wie die bekannten aalglatten Verträge, die alle juristischen Hindernisse spielend zu nehmen wissen. — S. auch BGB. zu § 1372. —

➼ Die Frage, unter welchen Voraussetzungen im Interventionsprozeß dem Gläubiger, der auf die Klage hin sofort freigibt, die Kosten aufzuerlegen sind, gehört zu den praktisch wichtigsten und zugleich schwierigsten Fragen des Kostenrechts. Gewiß ist formell der Gläubiger durch die Pfändung, also durch seinen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre im Unrecht. Aber über dieses objektive Unrecht kann sich doch im Grunde genommen der Interventionskläger nicht beschweren: wer seine Sache einem Dritten überläßt, muß nicht nur mit der Möglichkeit rechnen, daß der Dritte zu Unrecht über die Sache verfügt, sondern auch, daß der Gläubiger des Dritten sie pfändet. Er hat durch die Weggabe selbst dazu beigetragen, daß der Schein erweckt wird, als ob der Dritte Eigentümer sei. Allerdings gilt das nur für die Fälle der freiwilligen Entäußerung. Immerhin ergibt sich daraus unzweifelhaft, daß die bloße Tatsache der Pfändung für den Interventionskläger einen Anlaß zur Klage nicht bietet.

Überhaupt ist bei der Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Beklagte zur Klagerhebung Anlaß gegeben hat, die Berücksichtigung des gesamten Verhaltens des Beklagten sowohl wie des Klägers geboten. Der § 93 ist eine Billigkeitsnorm: der Beklagte ist zwar unterliegender Teil, hätte sonach nach der Regel des § 91 die Kosten zu tragen, er soll aber trotzdem mit der Kostenpflicht verschont werden, weil es unbillig sein würde, ihm die Kosten aufzuerlegen. Ob nun eine solche Unbilligkeit vorliegt oder nicht, kann nur unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des konkreten Falles entschieden werden. Sonach läßt sich auch die Frage, ob der Beklagte zur Erhebung der

Interventionsklage Anlaß gegeben hat, nur von Fall zu Fall beurteilen. Die entscheidende Frage lautet: Hätte der Pfändungsgläubiger nach den Mitteilungen, die ihm der Interventionskläger vor der Klagerhebung über seine angeblichen Rechte an dem Pfandobjekte gemacht hat, in diesem Falle freigeben müssen, oder hätten vom Interventionskläger noch weitere Angaben verlangt werden können. Auf die Vorlegung eines Einstellungsbeschlusses muß daher der Pfandgläubiger stets freigeben, wenn er der Kostenpflicht entgehen will. Andererseits genügt die bloße Mitteilung des behaupteten Rechtes des Eigentums nicht: eine solche Mitteilung ist ebensogut, als ob sie nicht erfolgt wäre. Er hat zum mindesten sein Recht zu substanziieren. Wiederum geht es zu weit, eine eigentliche Glaubhaftmachung vom Interventionskläger zu verlangen: es kann nur gefordert werden, daß er dem Pfandgläubiger die Möglichkeit gewährt, die zu seiner Verfügung stehenden Unterlagen einzusehen und sich von dem Bestehen des Rechtes zu überzeugen. Hat er also z. B. Rechnungen bei der Hand, so ist es recht und billig, wenn er davon dem Gegner bei der Aufforderung zur Freigabe Mitteilung macht. Hat er dagegen irgendwelche Unterlagen nicht zur Hand, so kann von ihm auch nicht gefordert werden, sie sich erst auf umständlichem Wege zu verschaffen. In diesem Falle muß die bloße Angabe der das angebliche Recht stützenden Tatsachen genügen. Nur wenn man auf diese Weise von Fall zu Fall entscheidet, ob der Pfändungsgläubiger zur Erhebung der Klage Anlaß gegeben hat oder nicht, lassen sich unbillige Entscheidungen in dieser schwierigen Materie vermeiden. — Red. ⟵

§ 96. 1. Erfordernis der Voraussehbarkeit der Aussichtslosigkeit.

OLG. **4** 389 (Dresden): Die durch § 96 nachgelassene Verurteilung des obsiegenden Teiles in die Kosten eines ohne Erfolg gebliebenen Angriffs- oder Verteidigungsmittels hängt nicht von der Voraussetzung ab, daß der obsiegende Teil die Aussichtslosigkeit seines Rechtsbehelfs habe vorhersehen können, vielmehr wird diese Maßnahme, da sie schlechthin ins richterliche Ermessen gestellt ist, auch dann schon zur Anwendung kommen dürfen, sobald nur durch das Verhalten der im übrigen siegreichen Partei die Prozeßkosten erhöht worden sind.

⟶ Die maßgeblichen Kommentare nehmen den entgegengesetzten Standpunkt ein:

Seuffert, Erl. 3: „Zumeist wird erforderlich sein, daß die Partei oder ihr Vertreter die Erfolglosigkeit voraussehen konnte."

Gaupp-Stein, Erl. 1: „Für das Gericht wird namentlich in Betracht kommen, ob die Partei die Erfolglosigkeit voraussehen konnte."

Petersen-Anger, Erl. 7: Es kommt im wesentlichen darauf an, ob die Erfolglosigkeit bei einiger Sorgfalt vorauszusehen war," usw.

Diese herrschende Ansicht dürfte den Vorzug verdienen. Man vergegenwärtige sich nur die praktischen Konsequenzen der vom OLG. Dresden vertretenen Auffassung! ⟵

2. Quotenteilung.

Das OLG. Dresden hat in der unter 1 erwähnten Entscheidung — gleichfalls im Gegensatze zu der herrschenden Ansicht — den Satz aufgestellt, daß Quotenteilung nach § 96 zulässig sei.

3. Über die Unanwendbarkeit des § 96 in dem Falle, daß der Beklagte auf Grund prozeßhindernder Einrede in erster Instanz gesiegt hat, die Einrede aber in zweiter Instanz verworfen worden ist, vgl. JDR. **1** § 96.

§ 97. Abs. 2. 1. Kenntnis des Gegners von dem neuen Vorbringen.

RG. JW. **03** 175: Die Anwendung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die neu vorgebrachten Tatsachen beiden Parteien gleichmäßig bekannt gewesen

seien. Die andere Partei hat keinen Anlaß, sie ihrerseits vorzubringen und dadurch die prozessuale Lage des Gegners zu verbessern.

2. Analoge Anwendung des § 97 Abs. 2 auf die Beschwerdeinstanz?

Die analoge Anwendung wird bejaht vom OLG. Darmstadt, DJZ. **03** 558, verneint vom OLG. Naumburg, NaumbAK. **01** 11. Bejahend Seuffert, verneinend Petersen-Anger.

➳ Gegenüber dem klaren Wortlaut erscheint die analoge Anwendung doch höchst bedenklich. ⟻

§ 98. 1. Vergleich. Anwendbarkeit des § 98 auf außergerichtliche Vergleiche (vgl. JDR. **1** § 98).

LG. Dresden, Buschs Z. **31** 331: Der § 98 ist auch auf außergerichtliche Vergleiche anwendbar, denn auch diese sind im Rechtsstreit und zur Beendigung des Rechtsstreits abgeschlossen (herrschende Ansicht).

Nimmt der Kläger beim Abschluß eines außergerichtlichen Vergleichs die Klage zurück, so greift der § 271 Abs. 3 nicht ein.

2. Umfang der Kosten.

OLG. Colmar, R. **03** 484: Unter der in einem Vergleich erklärten Übernahme der Kosten des Rechtsstreits sind im allgemeinen nur diejenigen zu verstehen, zu deren Erstattung der Übernehmer verpflichtet sein würde, wenn er in die Kosten des Rechtsstreits verurteilt worden wäre.

§ 99. I. Abs. 1. Prinzip der Unanfechtbarkeit der Kostenentscheidung.

A. Allgemeines.

1. Anwendung des § 99 Abs. 1 auf Entscheidungen nach § 16 GKG.

a) **RG.** JW. **03** 237: Der allgemeine Grundsatz des § 99 Abs. 1 gilt auch für die Anfechtung der nach § 16 GKG. getroffenen Entscheidung, obwohl § 94 ZPO. im § 16 Abs. 2 GKG. nicht besonders hervorgehoben ist.

b) OLG. Breslau, R. **04** 337: Der Abs. 1 des § 99 trifft auch für die Anfechtung der im Festsetzungsbeschlusse enthaltenen Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten zu.

2. Voraussetzung der Anfechtung der Kostenentscheidung.

OLG. **6** 428 (Königsberg): Der § 99 Abs. 1 ist dahin zu verstehen, daß die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt dann unzulässig ist, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein zulässiges Rechtsmittel eingelegt wird.

➳ Das Urteil ist in der Sache selbst durch **RG.** JW. **03** 242 aufgehoben worden. — Red. ⟻

3. Rechtsmittel in der Hauptsache.

a) OLG. **7** 284 (Hamburg), SeuffA. **58** 366: Wenn der Berufungskläger nach Einlegung der Berufung die ihm im angefochtenen Urteil auferlegte Verpflichtung ohne vorherige Verständigung des Klägers erfüllt, so verzichtet er damit stillschweigend auf eine Anfechtung des Urteils in der Hauptsache. Er entsagt insoweit stillschweigend der Berufung und verliert damit auch das Recht, eine Abänderung des allein noch übrig gebliebenen Kostenpunkts zu verlangen.

b) Einstweilige Verfügung. Erledigung.

RG. JW. **03** 242: Die Berufung gegen das eine einstweilige Verfügung aussprechende Urteil wird nicht deswegen unzulässig, weil die einstweilige Verfügung durch Bezahlung von Kapital und Zinsen sich erledigt hat. Der Kläger kann mit dem Rechtsmittel der Berufung einen richterlichen Ausspruch über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung erlangen.

➳ Unter Aufhebung vom OLG. Königsberg, JDR. **1** § 99 unter 8. — Red. ⟻

c) „Hauptsache."

OLG. Frankfurt, R. 03 607: Der Begriff der „Hauptsache" ist ein relativer, der in jedem Falle durch den Gegensatz bestimmt wird. Hiernach ist unter der Entscheidung in der Hauptsache i. S. des § 99 jede ein Prozeßverfahren erledigende Entscheidung zu verstehen, die nicht den Kostenpunkt des durch die Entscheidung erledigten Prozeßverfahrens betrifft.

d) Entscheidung in der Hauptsache.

OLG. 5 468 (Hamburg): Wird nach erledigter Hauptsache durch Urteil über die Kosten erkannt und in diesem Urteile zugleich ein Antrag, die schon beigetriebenen Kosten zu erstatten, abgewiesen, so ist in diesem Urteil eine Entscheidung in der Hauptsache nicht enthalten. Es ist daher nicht die Berufung, sondern nur die Beschwerde zulässig.

4. Teilurteil mit vorbehaltener Kostenentscheidung.

a) **RG.** JW. **03** 314: Die im Endurteil getroffene Kostenentscheidung stellt sich bei vorausgegangenem — die Kostenentscheidung dem Endurteile vorbehaltenden — Teilurteil als eine Ergänzung des Teilurteils dar. Sie kann daher zusammen mit der Entscheidung des Teilurteils durch Rechtsmittel angefochten werden, die Voraussetzung, unter der der § 99 Abs. 1 die Anfechtung der Kostenentscheidung gestattet, liegt vor.

b) Ebenso OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **27** 459: Ein Kostenurteil, das ein vorausgegangenes Teilurteil ergänzt, bildet mit ihm zusammen nur ein Urteil.

c) Desgleichen OLG. Posen, PosMschr. **03** 45: Das Schlußurteil ist, soweit es über diejenigen Kosten erkennt, welche dem Beklagten mit Bezug auf sein Anerkenntnis auferlegt sind, als Ergänzung des Anerkenntnisurteils und mit diesem zusammen als ein einheitliches Ganzes aufzufassen.

d) Konsequenzen.

α. OLG. Colmar a. a. O.: Durch Einlegung der Berufung gegen das Teilurteil wird zugleich auch das Rechtsmittel gegen die Kostenentscheidung gewahrt.

β. **RG.** JW. **03** 314: Handelt es sich um das Rechtsmittel der Revision und ist lediglich das Teilurteil, nicht aber auch das Endurteil revisibel, so kann an die Revision gegen das Teilurteil, soweit sie die im Endurteil enthaltene Kostenentscheidung trifft, eine Anschließung wegen der Hauptsache des Teilurteils nicht erklärt werden. Von der Revision ergriffen ist das Endurteil nur, insofern es durch seine Entscheidung über die Kosten als ergänzender Nachtrag zu dem früheren Teilurteil erscheint, in seiner Sachentscheidung tritt es völlig selbständig auf. Die auf diese Sachentscheidung gerichtete Anschließung würde nicht dasjenige Urteil treffen, welches Gegenstand der Anfechtung durch die Revision ist.

γ. OLG. Posen, PosMschr. **03** 45: Hat die auf Grund des vorangegangenen Anerkenntnisteilurteils im kontradiktorischen Schlußurteil in einen Teil der Kosten verurteilte Partei Berufung gegen die Kostenentscheidung eingelegt, so ist eine Anschlußberufung des Klägers unzulässig. Denn eine Anschlußberufung lediglich wegen der Kosten setzt ebenso wie die selbständige Berufung voraus, daß gegen die Entscheidung in der Hauptsache — gleichgültig von welcher Seite — ein Rechtsmittel eingelegt ist. Das trifft hier nicht zu. Außerdem kann die Berufung des Klägers als eigentliche Anschlußberufung gar nicht gelten, da die Berufung des Beklagten sich nur gegen die Kostenentscheidung des Anerkenntnisurteils, mag sie auch im Schlußurteil enthalten sein, richtet, während die Berufung des Klägers gegen die Kostenentscheidung des Schlußurteils auf Grund des kontradiktorischen Tatbestandes eingelegt ist. Voraussetzung einer Anschluß-

berufung ist aber, daß sie sich gegen dieselbe Entscheidung richtet wie die Hauptberufung.

B. Mehrheit von Entscheidungen.

→ Die schwierigste und wohl auch am meisten umstrittene Frage aus der Lehre von der Anfechtbarkeit der Kostenentscheidungen ist die, wie es sich mit der Zulässigkeit der Anfechtbarkeit überhaupt und dem zulässigen Rechtsmittel im speziellen in dem Falle verhält, daß der Klaganspruch in der Hauptsache durch mehrere sukzessiv ergangene Teilentscheidungen seine Erledigung findet und die Entscheidung über die Kosten dem Endurteile vorbehalten war.

Es kommen hierbei namentlich die folgenden Konstellationen in Betracht:

1. Kontradiktorisches Teilurteil — Anerkenntnisurteil.

2. Anerkenntnisteilurteil — kontradiktorisches Urteil.

3. Kontradiktorisches Teilurteil — Erledigung der restlichen Hauptsache und Kostenurteil.

4. Anerkenntnisteilurteil — Erledigung der restlichen Hauptsache und Kostenurteil.

Die Fragen, die hier im einzelnen auftauchen, sind folgende:

1. Jede Möglichkeit einer selbständigen Anfechtung der Kostenentscheidung durch Berufung oder Revision hängt nach Abs. 2 von der Voraussetzung ab, daß die Hauptsache durch eine auf Grund eines Anerkenntnisses ausgesprochene Verurteilung erledigt ist.

Liegt nun diese Voraussetzung nur vor, wenn die gesamte Hauptsache durch das Anerkenntnisurteil erledigt ist, oder genügt es, daß überhaupt ein Anerkenntnisurteil in der Sache ergangen ist, genügt also ein Anerkenntnisteilurteil und ist mithin die Entscheidung über die Kosten insoweit, als sie den durch das Anerkenntnisteilurteil erledigten Teil der Hauptsache betreffen, selbständig anfechtbar? — Red. ←

OLG. **5** 159 (Oldenburg) führt aus: Auch diejenige Kostenentscheidung, die in einem der Hauptsache nach teilweise verurteilenden Anerkenntnisurteil enthalten ist, kann selbständig mit dem gegen das Teilurteil überhaupt zulässigen Rechtsmittel (Berufung, Revision) angefochten werden, ohne daß es einer gleichzeitigen Anfechtung der Entscheidung in der Hauptsache bedarf.

2. → Die Anfechtbarkeit der Kostenentscheidung durch sofortige Beschwerde findet nach dem Wortlaute des Abs. 3 dann statt, wenn eine Entscheidung in der Hauptsache nicht ergangen ist. Es ergibt sich mithin die gleiche Zweifelsfrage: Darf eine Entscheidung in der Hauptsache überhaupt nicht ergangen sein, damit die Möglichkeit einer sofortigen Beschwerde gegeben ist, oder genügt es, daß auch nur ein Teil des Klaganspruchs ohne Entscheidung erledigt ist und ist dann gegen den Teil der Kostenentscheidung die Beschwerde statthaft, der auf den ohne Entscheidung erledigten Teil der Hauptsache fällt. — Red. ←

Hierzu:

a) LG. Tilsit, PosMSchr. **04** 11: Aus der Entstehungsgeschichte der neuen Bestimmungen im § 99 Abs. 2, 3 geht hervor, daß im Prinzip an der Unanfechtbarkeit der Kostenentscheidung festgehalten ist und nur für zwei ganz bestimmte Ausnahmefälle zwei verschiedene Rechtsmittel gegeben sind. Diese Ausnahmefälle sind streng auszulegen und lassen keine ausdehnende Anwendung zu. Keiner der beiden liegt mithin vor, wenn die Hauptsache zum Teile durch Anerkenntnisurteil, zum anderen Teile durch Verzicht erledigt ist. Der Abs. 2 trifft nicht zu, weil nicht die Hauptsache, sondern nur ein Teil der Hauptsache durch Anerkenntnis erledigt ist. Ebensowenig treffen die Voraussetzungen des Abs. 3 zu, weil zum Teil eine Entscheidung in der Hauptsache ergangen ist.

➻ Es würde auch zu unhaltbaren Ergebnissen führen, wenn man einer Partei und im Falle der Kostenverteilung beiden Parteien beide Rechtsmittel geben und demgemäß unter Umständen verschiedene Kammern oder Senate über dasselbe Kostenurteil entscheiden lassen wollte. Eine Teilung der Kostenentscheidung für den Fall der Hauptsache, der durch Anerkenntnisurteil, und den anderen, der durch Verzicht erledigt ist, wird sich oft gar nicht ausführen lassen, wo, wie im vorliegenden Falle, die Kostenentscheidung einheitlich ohne Rücksicht auf die Art der Erledigung der Hauptsache getroffen ist. Daß nun aber gerade die Berufung zulässig sein soll, ist ein willkürlicher Schluß; es könnte aus dem gleichen Grunde auch nur die sofortige Beschwerde erfolgen, wenn mündliche Verhandlung angeordnet wird. Man ersieht hieraus, daß die für die Annahme der Berufung oder die Beschwerde geltend gemachten Gründe nur gesucht sind, um in einem vom Gesetze nicht erwähnten Falle die Anfechtung der Kostenentscheidung zu ermöglichen, Gründe, die einer eingehenden Prüfung nicht standhalten. — Red. ⟵

b) OLG. Kassel, DJZ. **04** 416: Die Beschwerde ist nach § 99 Abs. 3 ohne weiteres hinsichtlich desjenigen Teiles der Kosten unstatthaft, der auf den durch Urteil entschiedenen Teil der Hauptsache fällt. Damit ist aber auch die Unzulässigkeit des Rechtsmittels auch wegen der Kosten des anderweit erledigten Teiles der Hauptsache gegeben, weil § 99 Abs. 3 dahin verstanden werden muß, daß die Anfechtung wegen der Kosten des unerledigt gebliebenen Teiles unstatthaft ist, wenn auch nur über einen Teil der Hauptsache entschieden ist. Die Zulassung der Beschwerde würde zu absonderlichen und unzweckmäßigen Folgen führen. Es würde dann nach § 99 Abs. 1 wegen der Kosten des durch Urteil erledigten Teiles der Hauptsache die Berufung das allein zulässige Rechtsmittel sein, dagegen wäre gegen die Kosten des nicht durch Urteil erledigten Teiles der Hauptsache nur die sofortige Beschwerde gegeben. Mithin gäbe es wegen der Kosten eines und desselben Rechtsmittels zwei verschiedene Rechtsmittel, über die in verschiedenen Verfahrungsweisen, mitunter auch von verschiedenen Kammern und Senaten entschieden würde. Auf diese Weise bestände die Möglichkeit, daß jedes der verschiedenen Gerichte seiner Entscheidung eine andere Quote zugrunde legt.

3. ➻ Stellt man sich auf den Standpunkt, daß zur Zulässigkeit der Anfechtung der Kostenentscheidung der Erlaß eines Anerkenntnisteilurteils sowie die teilweise Erledigung des Klaganspruchs ausreicht, so ergibt sich die weitere Frage: ergreift das Rechtsmittel bei kontradiktorischem Teilurteile die gesamte Kostenentscheidung oder nur einen Teil, nämlich denjenigen, der auf den durch Anerkenntnis oder ohne Entscheidung erledigten Teil der Hauptsache entfällt? — Red. ⟵

OLG. **5** 161 (Stettin): Hat der Kläger den Klaganspruch nach streitiger Verhandlung zum Teil zurückgenommen, der Beklagte darauf die andere Hälfte anerkannt, oder ist er von dem Anerkenntnisgerichte verurteilt worden, so ist Berufung wegen der Kostenentscheidung (die die Kosten gegeneinander aufhebt) zulässig. Denn nachdem Kläger den Anspruch zum Teil zurückgenommen hat, bleibt nur noch der durch Anerkenntnisurteil erledigte Anspruch rechtshängig.

4. ➻ Nimmt man an, daß die Kostenentscheidung durch das Rechtsmittel nur insoweit ergriffen wird, als sie den durch Anerkenntnis- bzw. ohne Entscheidung in der Hauptsache erledigten Teil betrifft, so bereiteten die Fälle unter 1 bis 3 keine besondere Schwierigkeit, weil gegen den auf das kontradiktorische Urteil fallenden Teil des Klaganspruchs ein Rechtsmittel nach Abs. 1 unzulässig ist. Dagegen taucht eine neue Schwierigkeit im Falle unter 4 auf: ist in diesem Falle die Kostenentscheidung zu einem Teile mit der Berufung, zum anderen mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar? Daß dieses an und für sich durchaus konsequente Ergebnis wenig befriedigend ist, leuchtet ohne weiteres ein. — Red. ⟵

Hierzu:

a) OLG. **5** 158 (KG.): Ein über die Kosten entscheidendes Schlußurteil hängt mit dem vorangegangenen Teilurteil, in dem jene Entscheidung vorbehalten war, derart zusammen, daß es, wenn das Teilurteil mit einem Rechtsmittel angefochten wird, nach § 99 Abs. 1 in derselben Weise angefochten werden kann.

➻ Daraus darf aber nicht geschlossen werden, daß, wenn ein Anerkenntnisteilurteil vorangegangen ist, und das lediglich über die Kosten entscheidende Endurteil einen Teil der Kosten dem Kläger, den anderen dem Beklagten auferlegt, das Kostenurteil vom Kläger mit der Berufung angefochten werden müßte. Soweit das Schlußurteil die Kostenfrage hinsichtlich solcher Streitpunkte regelt, die nicht im Teilurteile, sondern anderweitig erledigt sind, besteht ein innerer Zusammenhang zwischen Teilurteil und Endurteil nicht, und es fehlt daher an jedem Grunde, das Schlußurteil mit Rücksicht auf das Teilurteil einer besonderen Behandlung hinsichtlich des Rechtsmittels zu unterwerfen. Das Endurteil entscheidet sowohl über diejenigen Kosten, hinsichtlich deren die Entscheidung schon durch das Teilurteil gegeben oder doch beeinflußt war, aber auch über die Kosten, welche durch die Würdigung des im Teilurteile gar nicht erledigten Teiles des Prozeßstoffs bedingt sind. Nur in dieser letzten Hinsicht erachtet sich der Kläger als beschwert. Mithin kann er das Urteil nur mit der Beschwerde angreifen, während dem Beklagten das Recht der Berufung zusteht. Die Konsequenz, daß gegen dasselbe Urteil der einen Partei die Berufung, der anderen die Beschwerde zustehen kann, bietet an sich nichts Befremdliches, etwa entstehende Schwierigkeiten werden im gegebenen Falle zu lösen sein. — Red. ⟵

b) SächsOLG. **23** 277: Im Falle eines Anerkenntnisteilurteils und Erledigung des Rechtsanspruchs ohne Urteil ist die Hauptsache weder durch ein Anerkenntnisurteil erledigt noch eine Entscheidung in der Hauptsache nicht ergangen, denn das Anerkenntnisurteil ist nur ein Teilurteil und erledigt als solches die Hauptsache nicht, und andererseits entscheidet es, wenigstens teilweise, über die Hauptsache. Mithin ist der Tatbestand des Abs. 2 und der des Abs. 3 des § 99 ZPO. nur zum Teil erfüllt. In einem solchen Falle kann die Frage nach der Anfechtbarkeit des Kostenurteils und der Art des zulässigen Rechtsmittels nicht einheitlich beantwortet werden, sondern es ist bei ihrer Beantwortung zwischen den Kosten, die den durch das Anerkenntnisurteil zugesprochenen Anspruch betreffen, einerseits und den Kosten, die durch den anderen, durch Befriedigungserklärung der Klägerin weggefallenen Klaganspruch entstanden sind, andererseits zu unterscheiden. Hierbei wird man aber zu dem Ergebnisse geführt, daß ein solches Urteil, insoweit es über die Kosten des Anerkenntnisurteils entscheidet, mit der Berufung bzw. Revision, und insoweit es über die Kosten bezüglich der anderweit — nämlich ohne Entscheidung — erledigten Hauptsache entscheidet, mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar ist.

c) OLG. **9** 68 (Hamburg): Der Zweck der Einfügung des § 99 war: im Gegensatze zu dem bisherigen Rechtszustande, der die Kostenentscheidung ohne Anfechtung in der Sache selbst überhaupt ausschloß, diese Anfechtung dann zu gestatten, wenn ein Rechtsmittel in der Hauptsache nicht möglich war. Das ist nun sowohl der Fall, wenn die ganze Hauptsache erledigt ist, wie auch, wenn sie zwar nur teilweise erledigt ist, über den Rest aber eine Entscheidung getroffen ist, welche den mit Kosten Belasteten nicht beschwert und von ihm also mit einem Rechtsmittel nicht angefochten werden kann. Jenem Zwecke der neuen Vorschrift würde es widersprechen, wollte man die Beschwerde eines mit Kosten Belasteten gar zulassen, wenn die Hauptsache für erledigt erklärt ist, aber verweigern, wenn daneben noch in anderen Streitpunkten seinen Anträgen gemäß in der Hauptsache

gegen seine Prozeßgegner entschieden ist. Es wäre widersinnig, ihn auf die Möglichkeit einer Berufung seines Gegners zu verweisen. Vielmehr muß sinngemäß der Satz 1 des Abs. 3 dahin ausgelegt werden, als lautet er: „Gegen die Entscheidung über den Kostenpunkt findet sofortige Beschwerde statt, wenn in der Hauptsache eine Entscheidung gegen den Beschwerdeführer nicht ergangen ist."

➵ In neuester Zeit ist in dieser Frage eine Entscheidung des **RG.** ergangen, die aber noch nicht veröffentlicht ist. — Red. ⟵

5. Anhang: Aus der Literatur.

Siehr, DJZ. **04** 1063 ff.: Er erörtert im Zusammenhange die Rechtsmittel gegen Kostenurteile.

Der geänderte § 99 ist das viel Streit erzeugende und daher wenig erfreuliche Ergebnis der Beratungen zur Novelle. Die Judikatur ist über die Bedeutung des § 99 in den Fällen nicht einig, deren der Gesetzgeber nicht ausdrücklich gedacht hat. Erhebliche Schwierigkeiten macht nämlich der § 99, so oft

a) ein Teil des Rechtsstreits ohne Urteil, ein anderer durch Anerkenntnisurteil erledigt wird,

b) ebenso wenn Anerkenntnisurteil und kontradiktorisches Urteil vorliegen, oder

c) kontradiktorischer Spruch vor oder nach Erledigung eines Anspruchsteils ohne Urteil ergeht.

Die Gerichte werden die Fälle der Unanfechtbarkeit, der Zulässigkeit der selbständigen Anfechtung und der Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde näher umgrenzen, allgemeine Grundsätze aufstellen müssen.

Obwohl § 99 Abs. 1 die Regel ist, die Absätze 2 und 3 die Ausnahmen sind, ist die engste Auslegung dieser Bestimmungen nicht die richtige.

Gemeint ist mit § 99 Abs. 2, 3, daß, sobald ein kontradiktorisches Urteil vorliegt, mag es auch nur einen Teil des Rechtsstreits betreffen, die Regel des § 99 Abs. 1 durchgreift, daß aber in anderen Fällen beim Vorliegen eines Anerkenntnisurteils die ganze Kostenentscheidung dem ordentlichen Rechtsmittelzug unter Ausschluß der sofortigen Beschwerde unterliegt, gleichviel, ob ein Anerkenntnis nicht mehr im Streite war, und daß drittens der Weg des § 99 Abs. 3 das Fehlen jeder Entscheidung über die Hauptsache voraussetzt.

II. Abs. 2. Erledigung der Hauptsache auf Grund eines Anerkenntnisses.

A. Begriff des Anerkenntnisses.

1. KG., KGBl. **03** 77: Ein Anerkenntnis im Sinne des § 99 liegt nur vor, wenn die Erklärung des Beklagten sich mit dem Klaganspruch in seinem ganzen Umfang oder mit einem Teile deckt, wenn also der Beklagte sich dadurch insoweit jeder Verteidigung gegen den Anspruch begibt; seine Erklärung darf keine Beschränkung des Klaganspruchs in der Hauptsache und keinen Vorbehalt in bezug auf ihn enthalten.

Es liegt also ein Anerkenntnis nicht vor, wenn der verklagte Erbe entgegen dem Antrag auf unbeschränkte Verurteilung nur mit der Haftung aus dem Nachlasse verurteilt werden will.

2. OLG. **9** 66 (Breslau): Zur selbständigen Anfechtung der Kostenentscheidung bedarf es in erster Linie eines Anerkenntnisses der Klage, d. h. einer vorbehaltslosen Unterwerfung unter den Klaganspruch. Diese Voraussetzung fehlt, wenn der Beklagte sich zwar dem Verlangen auf Zahlung der eingeklagten Beträge unterwirft, aber nur Zug um Zug gegen Abtretung gewisser Ersatzansprüche.

Der § 99 Abs. 2 setzt weiter voraus, daß die Verurteilung bezüglich der Hauptsache auf Grund eines Anerkenntnisses erfolgt ist, d. h. daß der Richter, ohne in eine selbständige materielle Prüfung des Anspruchs einzutreten, lediglich das Anerkenntnis seinem Ausspruche zugrunde legt.

3. OLG. Braunschweig, R. **04** 451: Ein Anerkenntnisurteil kann nur auf Antrag des Anspruchsberechtigten erlassen werden (§ 307). Ist ein solcher Antrag nicht gestellt, so kann die Kostenentscheidung für sich allein nach § 99 Abs. 2 nicht angefochten werden.

4. OLG. **9** 134 (Kiel): Ein Anerkenntnis im Sinne des § 99 Abs. 2 liegt nicht vor, wenn im Arrestverfahren der Antragsteller, der den persönlichen wie den dinglichen Arrest erwirkt hatte, auf erhobenen Widerspruch hin sich mit der beantragten Aufhebung des persönlichen Arrestes ohne weiteres einverstanden erklärt. Denn ein Anerkenntnis im Sinne des § 99 setzt die Geltendmachung eines Anspruchs voraus; ein solcher ist vorliegend nicht geltend gemacht.

B. Erledigung der Hauptsache.

1. Kontradiktorisches Urteil wegen Nebenforderungen.

OLG. Breslau, R. **03** 505: Die Berufung gegen ein Urteil, welches wegen geforderter Zinsen abweist, aber im übrigen auf Grund Anerkenntnisses verurteilt und die Kosten dem Beklagten auferlegt, lediglich hinsichtlich der Kosten ist unzulässig; Hauptsache im § 99 Abs. 2 bildet nicht der Gegensatz zu Nebenforderungen, sondern zu Kosten. Ist nur ein Teil des Geforderten auf Grund Anerkenntnisses zuerkannt, kommt § 99 Abs. 2 nicht zur Anwendung.

2. Anerkenntnisurteil gegen einen von mehreren Streitgenossen.

OLG. Breslau, R. **03** 505: Wenn gegen einzelne Beklagte Versäumnisurteil ergeht, andere durch Urteil auf Grund Anerkenntnisses verurteilt und die Kosten bezüglich der letzteren Beklagten nach § 93 dem Kläger auferlegt werden, so ist Berufung des Klägers zulässig; es ist nicht nötig, daß der ganze Prozeß durch Anerkenntnis erledigt wird, es genügt, daß die Hauptsache bezüglich des Streitgenossen, welcher als Berufungskläger auftritt oder gegen den als Berufungsbeklagten die Berufung verfolgt wird, durch Anerkenntnis erledigt ist.

3. Wegen der vorläufigen Vollstreckbarkeit der Kostenurteile s. unten § 704 Abs. 1 (Pogge).

III. Abs. 3. Nichtergehen einer Entscheidung in der Hauptsache. Möglichkeit der Beschwerde gegen die Entscheidung über die Kosten.

➠ Der Abs. 3 bietet — abgesehen von der bereits oben behandelten Frage der Behandlung der Teilerkenntnisse — noch einige besondere Schwierigkeiten. Die eine knüpft sich an die erste Voraussetzung des Abs. 3: Nichtergehen einer Entscheidung in der Hauptsache. Es kann unter Umständen sehr zweifelhaft sein, ob in einer Urteilsdezisive eine Entscheidung in der Hauptsache zu finden ist oder nicht.

Die zweite Zweifelsfrage ist die — für die Praxis nunmehr durch die VZS. **RG. 57** 310 ff. wohl definitiv entschiedene — Frage, ob die Zulässigkeit der Beschwerde an die weitere Voraussetzung geknüpft ist, daß eine Entscheidung in der Hauptsache möglich gewesen war. ⟵

A. Nichtergehen einer Entscheidung in der Hauptsache.

Es ist zweifelhaft, ob in dem Ausspruche des Urteils: „der Rechtsstreit hat sich in der Hauptsache erledigt," eine Entscheidung in der Hauptsache zu finden ist. Die überwiegende Ansicht der Obergerichte geht unter Anschluß an die Rechtsprechung des RG. dahin, daß meist die Fassung des Tenors entscheidet und daß auch nicht die Tatsache der Erledigung allein eine Entscheidung in der

Hauptsache ausschließt, sondern daß es darauf ankommt, ob der Ausspruch lediglich die übereinstimmenden Erklärungen der Parteien wiedergibt oder ob das Gericht entgegen den Anträgen der Parteien die Erledigung der Hauptsache ausspricht.

Hierher gehören folgende Erkenntnisse des RG. und OLG.

1. **RG.** SächsA. **13** 89: Der im Tenor des Urteils enthaltene Ausspruch: „der Rechtsstreit ist in der Hauptsache erledigt," kann als bedeutungslos nicht angesehen werden, gibt vielmehr eine Entscheidung zur Hauptsache; denn er ist ergangen, obwohl bei der mündlichen Verhandlung der Berufungskläger Abweisung der Klage, der Berufungsbeklagte Zurückweisung der Berufung beantragt hatte, und kann daher nur als eine Entscheidung dahin aufgefaßt werden, daß keiner dieser Anträge gerechtfertigt sei, anderseits aber auch der Prozeß bezüglich der Hauptsache nicht etwa ruhe, sondern beendigt sei. Hieran kann weder dadurch etwas geändert werden, daß die Gründe des Urteils sich nur mit dem Kostenpunkte beschäftigen, noch dadurch, daß die Anwälte der Parteien nachträglich vor dem Berufungsgericht erklärt haben, es habe eine Verhandlung zur Hauptsache nicht stattgefunden. Nach § 99 Abs. 1 ZPO. war deshalb die Beschwerde nicht zulässig.

2. **RG.** R. **04** 362: Haben die Parteien *widersprechende* Anträge gestellt — der Kläger, die Erledigung der Hauptsache auszusprechen, der Beklagte, die Klage abzuweisen —, so enthält der Ausspruch, die Hauptsache sei erledigt, eine Entscheidung in der Hauptsache.

3. OLG. **5** 466 (KG.): Erklärt der Kläger die Hauptsache für erledigt, bestreitet das aber der Beklagte, so besteht noch ein Streit über die Hautsache, und es muß geprüft und festgestellt werden, ob eine Entscheidung zur Hauptsache noch möglich ist. *Wird die Erledigung der Hauptsache festgestellt, so kann selbstverständlich darüber nicht mehr entschieden werden.* Dagegen kann der Kläger nicht die Hauptsache dadurch, daß er sie für erledigt erklärt, gegen den Willen des Beklagten der richterlichen Entscheidung entziehen. Allerdings kann der Beklagte nicht verlangen, daß ein nicht mehr geltend gemachter Anspruch abgewiesen werde, er hat aber ein erhebliches Interesse und auch ein Recht darauf, daß ein gegen ihn anhängig gemachter unbegründeter Anspruch abgewiesen werde. Dieses Recht nimmt er wahr, wenn er die Erledigung bestreitet und Abweisung beantragt.

4. OLG. Dresden, SächsA. **14** 130: In dem Ausspruche, daß sich die Hauptsache erledigt habe, liegt nur dann keine Entscheidung der Hauptsache, wenn er auf den übereinstimmenden Erklärungen beider Parteien beruht und die Parteien auch nur eine Entscheidung im Kostenpunkt erbeten haben. Anders verhält es sich, wenn allein der Kläger seinen Antrag einschränkt, der Beklagte aber bei dem Verlangen auf Abweisung der Klage in vollem Umfange stehen bleibt. Dann schließt der Ausspruch, daß der Rechtsstreit sich in dem vom Kläger bezeichneten Umfange erledigt habe, eine teilweise Ablehnung des Antrags des Beklagten, d. h. eine ihm ungünstige hauptsächliche Entscheidung in sich.

B. *Weitere Erkenntnisse betr. Mangel der Entscheidung in der Hauptsache.*

1. Ob das Urteil nach § 515 Abs. 3 Satz 2 ein Urteil in der Hauptsache im Sinne des § 99 Abs. 3 ist oder ob im Sinne dieser Vorschrift unter Entscheidung in der Hauptsache lediglich Sachurteile zu verstehen sind, läßt **RG. 55** 397 dahingestellt.

2. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 339. Eine Entscheidung über Aufnahme des Rechtsstreits ist eine solche zur Hauptsache (ebenso *Struckmann-Koch*, ZPO. Anm. 1 Abs. 3 zu § 250; *Gaupp-Stein* zu § 99 Anm. II Note 6).

3. *Urteil über den Grund des Anspruchs und spätere Erledigung des Anspruchs.*

OLG. Jena, DJZ. **04** 272: Ist zunächst über den Grund des Anspruchs erkannt und befriedigt darauf der Beklagte den Kläger voll nach dem Klagantrage, so ist gegen die Entscheidung über die Kosten die Beschwerde zulässig. Nach Erlaß des Zwischenurteils bestand im richtig verstandenen Sinne des § 99 Abs. 3 die Hauptsache nunmehr in der Feststellung des Schadensbetrags.

4. Entscheidung in der Hauptsache gegenüber nur einem von mehreren Streitgenossen.

OLG. **9** 67 (Königsberg): Ist eine Entscheidung in der Hauptsache nur gegenüber einem von mehreren Beklagten ergangen, nicht aber gegenüber den anderen, so können diejenigen Beklagten, denen gegenüber eine Entscheidung in der Hauptsache nicht ergangen ist, das Urteil mit der Beschwerde anfechten, um eine andere Kostenverteilung zu erwirken.

Der Beschwerde steht auch nicht entgegen, daß Beschwerdegegner nicht sowohl die Gegenpartei im Prozesse, sondern vielmehr die Mitbeklagten sind. Das Gesetz macht in dieser Beziehung keinen Unterschied. Nur ist die naturgemäße Folge, daß in diesem Falle nicht bloß der gemeinschaftliche Prozeßgegner, sondern auch die Genossen des Beschwerdeführers zu hören sind.

5. OLG. **5** 466 (KG.): Der § 99 Abs. 3 greift nur da Platz, wo gesetzmäßig eine Entscheidung in der Hauptsache nicht ergangen ist, weil diese sich aus irgendeinem Grunde vorher erledigt hatte. Wird dagegen nur über den Kostenpunkt erkannt in Fällen, wo für eine Entscheidung zur Hauptsache Raum ist und solche von einer Partei auch beantragt war, so findet das gewöhnliche Rechtsmittel der Berufung statt.

6. SächsOLG. **24** 158: Der § 99 Abs. 3 findet Anwendung, wenn sich nach Eintritt der Rechtshängigkeit die Hauptsache erledigt hat. Die Entscheidung ist alsdann dem Rechtsmittel der Berufung entzogen, und kann nur im Wege der sofortigen Beschwerde angefochten werden. Daran ändert auch nichts, daß der Kläger in der ersten Instanz seinen Antrag beschränkt und die bisher erwachsenen Kosten beziffert und als verzugsschädigend bezeichnet hat. Tatsächlich ist es der rechtshängig gewordene, und allein rechtshängig gebliebene Anspruch auf die Prozeßkosten, die der Kläger in jener Form zur Entscheidung gestellt hat.

C. Die Zulässigkeit sowohl der sofortigen Beschwerde als die der weiteren sofortigen Beschwerde gegen das lediglich über die Kosten entscheidende Urteil ist an die Voraussetzung geknüpft, daß auch in der Hauptsache ein Rechtsmittel zulässig gewesen wäre.

➳ Dieser Satz ist nach anfänglichem Schwanken durch die Rechtsprechung der Obergerichte ausgebildet worden und kann nunmehr als für die Praxis feststehend angesehen werden. Einzelne abweichende Stimmen in der Literatur kommen nicht weiter mehr in Betracht. ⬻

Anfangs hatte die Praxis zwischen der erstmaligen sofortigen Beschwerde und der weiteren Beschwerde unterschieden.

1. Was zunächst die erstmalige Beschwerde anlangt, so herrscht anscheinend in der Praxis vom Inkrafttreten der Novelle an Einstimmigkeit, daß sie nur dann zulässig, wenn in der Hauptsache ein Rechtsmittel zulässig gewesen wäre. Die maßgebliche Entscheidung ist **RG. 46** 345 (JDR. **1** § 99 Nr. 22). Ihr haben sich in den Berichtsjahren eine größere Zahl von Entscheidungen der OLG. angeschlossen: OLG. Rostock, MecklZ. **21** 228; OLG. Cöln, RheinAKV. **20** 178, sowie Puchelts Z. **35** 169; R. **03** 608; OLG. Hamburg, HansGerZ. **25** Beil. 144; Frankfurt, Buschs Z. **31** 90; Stuttgart, R. **03** 578; KG., OLG. **5** 578. Abweichende Erkenntnisse sind nicht publiziert worden.

In der Doktrin wird die Frage vorläufig noch weniger einhellig beantwortet. Es mag genügen auf Gaupp-Stein und Neukamp hinzuweisen, die

mit Nachdruck den der Rechtsprechung entgegengesetzten Standpunkt vertreten. Die übrigen maßgeblichen Kommentare — Seuffert, Förster-Engelmann, Petersen(Remelé)-Anger, Struckmann-Koch — haben sich dagegen — z. T. unter Aufgabe ihrer früheren abweichenden Ansicht — dem Reichsgericht angeschlossen.

Die Bedenken, die sich gegen den Grundsatz der Abhängigkeit der Kostenentscheidung erheben, sind in der Entscheidung der VZS. **RG. 57** 310 ff. einer eingehenden Würdigung unterzogen worden. Es gilt dies insbesondere auch von dem Einwande (vgl. Gaupp-Stein § 567 Note 2), die Beschwerde des § 99 Abs. 3 könne mangels abweichender Sonderbestimmungen an keine andere Voraussetzungen gebunden sein, als die sonst in der ZPO. ausdrücklich vorgesehenen; es sei aber nicht angängig, auf jene Beschwerde einen Grundsatz anzuwenden, der dem sonstigen Beschwerdeverfahren nach der ZPO. völlig fremd sei, nämlich den der Abhängigkeit der Beschwerde davon, daß in der Hauptsache ein entsprechendes Rechtsmittel gegeben sein würde.

Demgegenüber führen die VerZS. aus:

Die Beschwerde des § 99 Abs. 3 unterscheide sich in zwei Richtungen ganz wesentlich von den sonst in der ZPO. behandelten Beschwerden. Einmal in formeller Beziehung: es handelt sich bei ihr nicht um einen Zwischenstreit oder sonst um die Anfechtung einer Entscheidung, die in einem im übrigen weitergehenden Verfahren ergangen ist, auch nicht um einen Fall, der mit dem der Anfechtung eines die Richtigstellung oder Ergänzung einer Entscheidung betreffenden Beschlusses und anderen derartigen Fällen auf gleiche Stufe zu stellen wäre, sondern um eine Prozeßgestaltung ganz eigener Art. Die Besonderheit dieses Falles besteht darin, daß das ganze Prozeßverfahren sich in der Entscheidung über den Kostenpunkt konzentriert und sich in das dagegen etwa zulässige Beschwerdeverfahren aufgelöst hat. Sodann zeigt sich die sachliche Verschiedenheit dieses Falles von den sonstigen Fällen der Beschwerde darin, daß die Entscheidung über den Kostenpunkt in der Regel im denkbar engsten Zusammenhangs- und Abhängigkeitsverhältnisse zur Entscheidung über die Hauptsache steht, dergestalt, daß in den Fällen, in denen allein über die Kosten entschieden wird, materiell eigentlich eine Entscheidung zur Hauptsache ergeht, nur mit der Einschränkung, daß die Wirkung sich allein auf die Kosten erstreckt. Diese aus ihrem Wesen sich ergebende Verschiedenheit der Beschwerde des § 99 Abs. 3 von den sonstigen Beschwerden rechtfertigt es, sie auch im Ansehen der Zulässigkeit unter andere Regeln zu stellen als jene.

2. Man hätte annehmen sollen, daß die Praxis bezüglich der Zulässigkeit der weiteren Beschwerde sich ohne weiteres auf den gleichen Standpunkt der Abhängigkeit gestellt hätte. Sonderbarerweise ist das nicht der Fall gewesen, sondern hier herrschte ein lebhafter Streit und es war sowohl das Prinzip der Unabhängigkeit wie das der Abhängigkeit in gleicher Weise vertreten. Ja, weitaus die meisten Entscheidungen verwerfen für die weitere Beschwerde das für die erstmalige Beschwerde angenommene Abhängigkeitsprinzip, und nachdem diese Ansicht die Billigung des II. und III. ZS. des RG. gefunden hatte (JW. **00** 647 — JDR. **1** § 99 Nr. 28 — JW. **01** 187; **03** 97), konnte die entgegengesetzte, in den meisten Entscheidungen der OLG. angenommene Ansicht kaum noch als herrschende Ansicht bezeichnet werden. Die meisten OLG. verneinten allerdings die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde gegen die vom LG. in der Beschwerdeinstanz getroffene Kostenentscheidung: z. B. OLG. **5** 462, 494 (KG.), **5** 463 (Naumburg); **7** 284 (Rostock); **7** 285 (Cöln); PosMschr. **03** 159; OLG. **9** 69 (Marienwerder); ThürBl. **47** 348 (Jena); R. **03** 578 (Stuttgart); Buschs Z. **31** 90 (Frankfurt); R. **04** 169 (Braunschweig). Es war aber auch die entgegen-

gesetzte Meinung vertreten: BuschsZ. **28** 435 (Hamburg); PosMschr. **04** 12 (Posen); OLG. **9** 69 (Königsberg).

Im Gegensatz zum II. und III. ZS. hat nun zunächst der I. ZS. den Grundsatz der Abhängigkeit auch auf die weitere Beschwerde übertragen (SeuffA. **57** 375). Der VII. ZS., der sich dem I. ZS. anschließen wollte, hat die Entscheidung der VerZS. herbeigeführt, die denn auch im Sinne des I. ZS. ergangen ist. Die VerZS. haben sich durch folgende Erwägungen leiten lassen:

a) In Ansehung der ersten Beschwerde nach § 99 Abs. 3 gilt der an sich zutreffende Grundsatz nicht, daß nach Eröffnung des Laufes des Beschwerdeverfahrens dieses sich selbständig nach den dafür bestehenden Vorschriften regeln müsse. Es erscheint schon aus allgemeinen Gründen der Logik nicht gerechtfertigt, im weiteren Beschwerdeverfahren einen Grundsatz uneingeschränkt zur Anwendung zu bringen, der für den Beginn des Verfahrens in dieser Allgemeinheit nicht gilt.

b) Die weitere Beschwerde der ZPO. ist keine Oberbeschwerde, sondern nichts anderes als eine erste Beschwerde gegen die Entscheidung des Gerichts, das über die vorhergehende Beschwerde entschieden hat. Daher muß notwendig als Voraussetzung für diese Beschwerde dasselbe gelten, was für die vorhergehende, mit ihr wesensgleiche Beschwerde gilt.

c) Unterläge die weitere Beschwerde der für die erste Beschwerde aus § 99 Abs. 3 geltenden Einschränkung nicht, so müßten die in der landgerichtlichen Beschwerdeinstanz auf amtsgerichtliche Kostenentscheidungen ergehenden Entscheidungen bei dem OLG. mit der weiteren Beschwerde anfechtbar sein. Nun ist durch die ZPO. und das GVG. vom Jahre 1877 wohlbedacht in den amtsgerichtlichen Sachen der Instanzenzug so geregelt worden, daß in diesen Sachen das Verfahren, wenn auch nicht im übrigen, so doch jedenfalls in Ansehung der zur Sache und zu den Kosten ergehenden Entscheidung endgültig mit der Entscheidung des Landgerichts abschloß. Es ist demgegenüber ein sachlicher Grund weder erkennbar noch erdenklich, durch den der Gesetzgeber im Jahre 1898 hätte bewogen werden sollen, jenen Grundsatz plötzlich zu verlassen und die bisherige vorerwähnte Ordnung des Instanzenzugs in den amtsgerichtlichen Sachen zugunsten der Kostenentscheidung zu durchbrechen. Die Bemerkung in der Begründung zu § 99 Abs. 3: es sei als eine unbillige Beeinträchtigung der Rechtsverfolgung empfunden, daß bei Erledigung der Hauptsache durch Vergleich usw. die Entscheidung über den Kostenpunkt bisher nicht angreifbar gewesen sei, hat, wie ihr Inhalt an die Hand gibt, die weitere Beschwerde nicht vor Augen. Auch in den Verhandlungen der Reichstagskommission, insbesondere in den hier von einem Vertreter der verbündeten Regierungen geäußerten Bedenken ist ein sachlicher Grund für eine Änderung des bisherigen Zustandes nicht ans Licht getreten.

D. Eine besonders wichtige Konsequenz des Prinzips der Abhängigkeit ist die Unzulässigkeit der Beschwerde gegen Kostenversäumnisurteile. Die Obergerichte haben mehrfach Gelegenheit gefunden, sich über diesen Punkt zu äußern:

1. OLG. **9** 67 (Cassel); SeuffA. **59** 285: Aus dem Sinne und der Bedeutung des § 99 geht hervor, daß das Rechtsmittel der Beschwerde nur dann gegeben ist, falls in der Hauptsache, wenn eine Entscheidung hierin ergangen wäre, ein Rechtsmittel zulässig gewesen wäre. Nach § 338 ist aber gegen Versäumnisurteile nur der Einspruch zulässig, der kein Rechtsmittel ist.

2. SächsOLG. **25** 459: Ist es nach dem Gesetze auch für den Abs. 3 des § 99 Voraussetzung, daß in der Hauptsache ein Rechtsmittel zulässig gewesen wäre, so ist eine durch ein Versäumnisurteil über den Kostenpunkt allein ge-

gebene Entscheidung unanfechtbar. Denn hätte das Versäumnisurteil auch die Hauptsache betroffen, so wäre dagegen nur der Einspruch zulässig gewesen, und der Einspruch ist kein Rechtsmittel im Sinne der ZPO.

3. Versäumnisurteil wegen der Kosten. Sofortige Beschwerde oder Einspruch?

LG. Dresden, Buschs Z. **31** 332: Die Anfechtbarkeit der Kostenentscheidung mit der sofortigen Beschwerde ist unstatthaft, wenn das lediglich über den Kostenpunkt entscheidende Urteil ein Versäumnisurteil ist. Es widerspricht dem Grundgedanken der ZPO., daß durch die Vorschrift des § 99 Abs. 3 der säumigen Partei neben dem Einspruch auch das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde gegen das Versäumnisurteil hat gegeben werden sollen. Die ZPO. kennt keine Fälle, in denen sie zwei so verschiedenartige Rechtsbehelfe, wie es der Einspruch und das Rechtsmittel sind, der Partei nebeneinander zur Wahl stellt.

E. Sonstige Entscheidungen usw.

1. **RG. 55** 394: Eine Entscheidung über den Kostenpunkt, durch welche die Kosten einer zum Teil zurückgenommenen, zum Teil durch Entscheidung in der Hauptsache erledigten Berufung oder Klage nach Quoten der Gesamtkosten auf die durch Zurücknahme und die durch Entscheidung in der Hauptsache erledigten Teile verteilt sind, ist in bezug auf die Richtigkeit der Verteilung unter die zuerkannten, aberkannten und durch Zurücknahme erledigten Teile der Berufung oder der Klage schon wegen ihrer Einheitlichkeit mit der sofortigen Beschwerde nicht anfechtbar.

2. Vollstreckbarkeit des Kostenurteils.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 186: Ein Kostenurteil, das nach § 99 Abs. 3 der sofortigen Beschwerde unterliegt, kann, wenn es nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt ist, vor eingetretener Rechtskraft nach § 794 Abs. 3 nicht sofort vollstreckt werden. Es kann daher gemäß § 104 auf Grund desselben kein Kostenfestsetzungsbeschluß ergehen.

3. Über das Beschwerdeverfahren nach § 99 Abs. 3 selbst äußert sich:

a) OLG. Braunschweig, R. **04** 144: Die Beschwerde kann auf neue Tatsachen und Beweise gestützt werden (§ 570). Wird mündliche Verhandlung angeordnet und erscheint der Gegner des Beschwerdeführers nicht, so ist § 542 Abs. 2 entsprechend anzuwenden, also das tatsächliche mündliche Vorbringen des Beschwerdeführers, soweit das festgestellte Sachverhältnis nicht entgegensteht, für zugestanden zu erachten und in Ansehung einer zulässigerweise beantragten Beweisaufnahme anzunehmen, daß sie das in Aussicht gestellte Ergebnis gehabt habe.

b) **RG. 50** 370, SeuffA. **58** 79: In einem Beschwerdeverfahren und jedenfalls in einem solchen nach § 99 Abs. 3 ist Auferlegung eines richterlichen Eides für statthaft zu erachten; denn dieses Verfahren steht sachlich mit demjenigen, welches durch ein Urteil abschließt, auf völlig gleicher Stufe.

4. Schneider, R. **03** 278, erachtet die Beschwerde gegen die Kostenentscheidung auch dann für zulässig, wenn eine Entscheidung zur Sache zu Unrecht ergangen sei, während statt dessen die Erledigung der Sache hätte ausgesprochen werden müssen.

➳ Das ist kaum richtig. Es würde außerdem die Unsicherheit auf diesem Gebiete noch vergrößern! — Red. ⟻

§ 100. Lessing, SächsA. **13** 516 ff., gibt eine ausführliche, tief eindringende Darstellung der schwierigen Lehre von der Kostenentscheidung bei Streitgenossenschaft.

I. Sämtliche Beklagte sind gänzlich unterlegen.

Alsdann ist auf sie § 91 ZPO. anzuwenden. Es genügt die Formel, daß die Beklagten die Kosten des Rechtsstreits zu tragen haben. Ein Zusatz ist überflüssig.

In der Hauptsache solidarisch Verurteilte haben gesamtschuldnerisch bei der Kostenerstattung aufzukommen (§ 100 Abs. 4 Satz 1). Entgegengesetztenfalls sind die unterlegenen Beklagten nur nach Kopfteilen ersatzpflichtig (§ 100 Abs. 1).

II. Der Kläger hat nur mit einem Teile seines Anspruchs gesiegt, aber mit diesem Teile gleichmäßig gegenüber allen Beklagten.

Hier ist § 92 für die Kostenentscheidung maßgebend. Dem Kläger und ebenso der beklagten Partei ist der ihrem Unterliegen entsprechende Kostenteil in derselben Weise aufzuerlegen, wie es in den Prozessen zu geschehen hat, bei denen nur ein Kläger und ein Beklagter vorhanden sind.

III. Der Kläger hat gegen einen Teil der Beklagten völlig gesiegt, gegen den anderen Teil aber ist er entweder in der Sache gänzlich unterlegen, oder er hat ihm gegenüber nach § 93 die Kosten zu tragen.

Bei gemeinsamer Verklagung von A. und B. ist z. B. die Klage gegenüber A. zuzusprechen, gegenüber B. ist dagegen der Kläger kostenpflichtig.

Hier hat den Ausgangspunkt die Erwägung zu bilden, daß bei dem Vorhandensein mehrerer Beklagter in einem Prozesse in dem äußerlich einheitlichen Verfahren so viele Prozeßrechtsverhältnisse (Einzelprozesse) verborgen sind, als Beklagte verfolgt werden. Das Ergebnis dieser Erwägung, daß nämlich die Kosten des Streites mit A. diesen Beklagten und die Kosten des mit B. geführten Prozesses den Kläger treffen, erschöpft jedoch die Frage nicht. Da das Gesetz über die Art, wie Prozeßkosten auf die einzelnen Streitverhältnisse zu verrechnen seien, Vorschriften überhaupt nicht enthält, so muß die der Natur der Sache entsprechende Verteilung vorgenommen und der der Zahl der Streitverhältnisse entsprechende Bruchteil der Kosten des gemeinsamen Prozesses auf jedes einzelne Prozeßrechtsverhältnis ausgeworfen werden.

In dieser Weise ist zu verfahren, gleichviel, ob in der Hauptsache eine gesamtschuldnerische Forderung verfolgt wird oder nicht. Denn nur auf diesem Wege läßt sich erreichen, daß die Verbilligung, die durch den Zusammenschluß mehrerer Prozesse in ein Verfahren herbeigeführt ist, allen Beteiligten gleichmäßig zukommt (519).

IV. Der Kläger hat gegenüber allen Beklagten teilweise gesiegt. Der Umfang seines Sieges ist aber gegenüber jedem Beklagten ein verschiedener. Hier treffen die unter II und III erörterten Tatbestände zusammen, und die dort ermittelten Grundsätze sind entsprechend anzuwenden. (Näheres a. a. O. 520/521.)

Der Umstand, daß in einem einzelnen der verbundenen Streitverhältnisse mehr Kosten erwachsen sind als in den übrigen, bedingt Abweichungen. (Näheres 520/521.)

A. Nicht selten werden in einem Prozesse Ansprüche geltend gemacht, von denen sich nur ein Teil gegen die mehreren Beklagten gemeinschaftlich richtet, während ein anderer Teil lediglich gegen einzelne von ihnen verfolgt wird. Hier trifft die objektive Klagenhäufung (§ 260) mit der subjektiven (§§ 59 ff.) zusammen. § 100 schlägt nur bei den gemeinschaftlich erhobenen Ansprüchen und auch bei ihnen nur insoweit ein, als die Beklagten verurteilt werden. In allen übrigen Beziehungen muß die Kostenentscheidung hier ebenfalls aus der Erwägung abgeleitet werden, daß in dem äußerlich einheitlichen Verfahren sich so viele Einzelprozesse verbergen, als Ansprüche gegen jeden der Beklagten verfolgt werden (523).

B. Einzelne Streitgenossen erheben für ihre Person eine Widerklage. Es ist z. B. gegen A. und B. Klage erhoben, Widerkläger ist aber allein A. Hierüber näheres a. a. O. 523/524.

C. Schwierigkeit bereiten besonders die Fälle, in denen der Prozeß gegen die mehreren Mitbeklagten nicht durch ein einheitliches Urteil beendigt wird. Häufig — besonders in Wechselprozessen kommt das vor — ergeht zunächst nur gegen einen Mitbeklagten eine Verurteilung, während der Rechtsstreit gegen die übrigen Beklagten erst später zu Ende geführt wird oder überhaupt liegen bleibt.

Es gibt gegenüber diesen Schwierigkeiten nur einen Ausweg. Die Gerichte müssen unter Abstandnahme von ihrer jetzigen Übung davon absehen, schon bei der Verurteilung des ersten Streitgenossen eine Kostenentscheidung zu treffen (527).

D. Die im vorstehenden ermittelten Leitsätze sind auch in den Fällen zu befolgen, in denen in einem und demselben Zivilprozesse ein Beklagter auf Leistung und ein zweiter Beklagter auf Duldung der Zwangsvollstreckung belangt wird (§§ 737, 739, 743, 745 Abs. 2, 748 Abs. 2).

Die nicht selten vertretene Urteilsfassung, daß die Frau die Klagsumme zu zahlen und die Kosten zu tragen, der Mann aber die Zwangsvollstreckung zu dulden habe, verletzt, indem sie den Duldungsbeklagten völlig kostenfrei ausgehen läßt, den § 100, dessen Anwendung nicht zu umgehen ist.

Offen ist jedoch die Frage, ob der Leistungs- und der Duldungsbeklagte, wenn sie in einem Prozeßverfahren unterliegen, als Gesamtschuldner nach Abs. 4, oder ob sie nach Abs. 1 event. Abs. 2 des § 100 kostenpflichtig seien (531).

Da das materielle Recht an keiner Stelle den Satz aufstellt, daß zwischen der Leistungsschuld und der Duldungsschuld ein Gesamtschuldverhältnis bestehe, bleibt nichts übrig, als die Regelbestimmung in Abs. 1 des § 100 für die maßgebende zu erklären, von der nur gemäß Abs. 2 Ausnahmen zuzulassen sind (533).

Hiernach kommt nur der § 100 Abs. 1 in Betracht, wenn der Leistungs- und der Duldungsbeklagte zu verurteilen sind. Und zwar genügt die Formel: Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger 100 M. zu zahlen. Der Mitbeklagte hat wegen der vorstehenden Forderung die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut seiner Frau zu dulden. Die Kosten des Rechtsstreits werden den Beklagten auferlegt. Aus § 100 Abs. 1 folgt alsdann kraft Gesetzes, daß sie für die Kostenerstattung nach Kopfteilen haften. Ein ausdrücklicher Ausspruch, daß der Duldungsbeklagte auch wegen der Kosten, die dem Leistungsschuldner zur Last fallen, die Zwangsvollstreckung zu dulden habe, ist entbehrlich (534).

Wird die Klage nur gegen den Leistungsbeklagten oder nur gegen den Duldungsbeklagten zugesprochen, während der Kläger gegenüber dem anderen Beklagten kostenpflichtig ist, so hat der Kläger gegenüber dem siegreichen Beklagten und andererseits hat der besiegte Beklagte gegenüber dem Kläger die Kosten, und zwar wenn in beiden Streitverhältnissen gleichmäßig gestritten worden ist, je zur Hälfte, anderenfalls aber je nach dem Verhältnisse der Kostenhöhe der Einzelprozesse zu tragen (535).

Aus der Praxis.

1. Angriffs- und Verteidigungsmittel.

SächsOLG. **22** 514: Der Begriff „Angriffs- und Verteidigungsmittel" ist hier im weitesten Sinne zu nehmen.

Man kann jedoch nicht von einem besonderen Angriffs- oder Verteidigungsmittel sprechen, wenn der eine Beklagte den Klaganspruch ausdrücklich anerkannt hat, der andere dagegen Versäumnisurteil gegen sich hat ergehen lassen.

2. Abs. 4. Haftung für die Kosten als Gesamtschuldner.

SächsOLG. **25** 450: Die als Gesamtschuldner verurteilten Kostenschuldner haften nicht nur dem Gegner als Gesamtschuldner für die Kostenerstattung, sondern auch der Staatskasse gegenüber für die Bezahlung der Gerichtskosten.

3. SächsOLG. **22** 514: Mehrere Wechselschuldner haften auch dann als Gesamtschuldner, wenn die Verurteilung in verschiedenen Urteilen — z. B. Versäumnis- und Anerkenntnisurteilen — ausgesprochen ist.

➾ Dieses Erkenntnis — das mit OLG. Bamberg, JDR. **1** Ziff. 4 § 100, in Widerspruch steht — ist offenbar bedenklich: für die gesamtschuldnerische Haftung entscheidet nicht das Bestehen einer zivilrechtlichen Norm, die für die Hauptsache die Gesamthaftung vorschreibt, sondern die Verurteilung auf Grund einer solchen Vorschrift. Enthält das Urteil einen Ausspruch über die Solidarhaft nicht, so kann sie auch nicht nachträglich im Festsetzungsverfahren angeordnet werden, sondern es ist alsdann eben Abs. 1 allein maßgebend. Im Festsetzungsverfahren ist lediglich die Höhe der entstandenen Kosten festzustellen, nicht dagegen die Person des Schuldners. Lessing, SächsA. **13** 517, teilt die unrichtige Ansicht dieses Beschlusses.

Übrigens steht offensichtlich das folgende Erkenntnis desselben Gerichts auf dem richtigen Standpunkt. — Red. ⇽

4. SächsOLG. **25** 452: Wenn von mehreren Beklagten der eine durch Versäumnisurteil, der andere durch ein zweites auf Grund kontradiktorischer Verhandlung ergangenes Urteil zur Tragung der Prozeßkosten — und zwar die letzteren mit dem Zusatze „als Gesamtschuldner" verurteilt sind, so müssen die Urteile, da sie sich verschieden über die an sich einheitlichen Kosten des Rechtsstreits aussprechen, einschränkend, d. h. eines durch das andere eingeschränkt, ausgelegt werden, als ob über die Kosten überhaupt nur ein Erkenntnis ergangen wäre. Mithin ist der Teil, für den eine Gesamthaft ausgesprochen ist, unter Abzug der auf den durch Versäumnisurteil — nicht als Gesamtschuldner! — verurteilten Kostenschuldner fallenden Quote zu berechnen. Denn im Verhältnisse zu diesem greift die allgemeine Regel im § 100 Abs. 1 Platz.

5. OLG. Dresden, SächsA. **13** 536, spricht aus, daß, wenn die Frau zur Zahlung und der Ehemann zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt sei, eine gesamtschuldnerische Haftung nicht vorliege, mithin nicht § 100 Abs. 4, sondern Abs. 1 für die Verurteilung in die Prozeßkosten maßgebend sei. (Vgl. auch oben Lessing unter D.).

6. Solidarhaft für die Zwangsvollstreckungskosten? (Vgl. JDR. **1** Ziff. 5 § 100.)

Auf SächsOLG. **22** 514 nimmt — zweifellos mit Recht! — an, daß der § 100 Abs. 4 die Zwangsvollstreckungskosten, die regelmäßig erst nach der Erledigung des eigentlichen Rechtsstreits entstehen, nicht im Auge hat. Es sei auch sonst nirgends und insbesondere nicht in der WO. ausgesprochen, daß ein Wechselverpflichteter auch für die Kosten der gegen andere Wechselverpflichtete vorgenommenen Zwangsvollstreckungen zu haften habe.

7. Streitig ist, ob die im Urteil ausgesprochene Gesamthaft im Kostenfestsetzungsbeschlusse zu erwähnen ist.

a) Bejahend: OLG. Frankfurt, FrankfRundsch. **38** 59: Weil dieser Beschluß ein selbständiger Vollstreckungstitel sei.

b) Verneinend: OLG. Braunschweig, Z. f. mittl. JB. **15** 717: Wenn der Festsetzungsbeschluß der Gesamthaftung nochmals gedenkt, so wird damit auf die früher erfolgte richterliche Entscheidung nur nachrichtlich hingewiesen. Ein solcher Hinweis ist allerdings sehr zweckmäßig, weil er den Parteien, die sich mit dem Kostenfestsetzungsbeschlusse zu befassen haben, namentlich dem mit der Zwangsvoll-

streckung beauftragten Gerichtsvollzieher erspart, auf das Urteil zurückzugehen, um zu erforschen, ob die Verpflichteten als Gesamtschuldner oder nach Kopfteilen für die Kosten haften. Allein notwendig ist die Erwähnung im Kostenfestsetzungsbeschlusse nicht.

➳ Die Ansicht des OLG. Braunschweig ist die richtige. — Red. ⇠

8. Über die Frage, ob dem § 100 Abs. 4 rückwirkende Kraft zukommt, vgl. OLG. Bamberg, JDR. **1** Ziff. 4 zu § 100.

§ 101. 1. Über die Bedeutung des durch die Novelle eingefügten § 101 äußert sich **RG.** JW. **04** 492 im Anschlusse an die Motive: Die Kosten einer Nebenintervention gehören zu den Kosten des Rechtsstreits. Die Bestimmung des § 101 n. F. hat gegenüber dem § 96 a. F. den Zweck, klarzustellen, daß die Kosten der Nebenintervention niemals der Hauptpartei, sondern nur dem Gegner auferlegt werden können, und auch diesem nur, wenn und insoweit er die Kosten überhaupt zu tragen hat.

2. Recht des Nebenintervenienten auf Kostenentscheidung.

RG. 56 113, JW. **03** 419: Der Nebenintervenient hat ein Recht auf gerichtliche Entscheidung über die Nebenintervention.

Dieses Recht besteht auch im Falle der Erledigung des Rechtsstreits durch Vergleich der Hauptparteien.

3. Kostentragung der Nebenintervention bei Klagzurücknahme.

RG. JW. **04** 492: Der Kläger, der die Klage zurücknimmt, hat auch die Kosten einer zugunsten des Beklagten erfolgten Nebenintervention zu tragen. Dies folgt aus § 271, der einen Unterschied zwischen den Kosten der Nebenintervention und den sonstigen Kosten des Rechtsstreits nicht macht.

4. Kosten der Nebenintervention bei Abschluß eines Vergleichs.

RG. 56 113, JW. **03** 419: Ist der Rechtsstreit durch Vergleich erledigt, so ist für die sachliche Entscheidung über die Kosten der Nebenintervention lediglich der Inhalt des Vergleichs maßgebend. Dies gilt auch dann, wenn der Vergleich erst in zweiter Instanz abgeschlossen und durch ihn die dem Nebenintervenienten günstige erstinstanzliche Kostenentscheidung beseitigt worden ist. Durch sie erwächst dem Nebenintervenienten kein endgültiges Recht auf Kostenerstattung, das durch die Hauptparteien nicht wieder hätte abgeändert werden können. Bei der Entscheidung dieser Frage, die prozeßrechtlich vollständig geregelt ist, ist auf die materielle Seite des Rechtsstreits oder das bürgerliche Recht keine Rücksicht zu nehmen.

5. Über die Kosten eines vom Nebenintervenienten eingelegten Rechtsmittels vgl. JDR. **1** Ziff. 3 und 4 zu § 101.

Über das Erfordernis ausdrücklicher Erwähnung der Interventionskosten im Urteil vgl. JDJ. **1** Ziff. 1 zu § 101.

§ 102. I. Grobes Verschulden eines Anwalts haben die Obergerichte in folgenden Fällen angenommen:

1. **RG.** JW. **03** 122: Bei Einlegung einer weiteren Beschwerde gegen eine auf eine weitere Beschwerde ergangene Entscheidung eines OLG. (§ 568 Abs. 4), da weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur bisher bezweifelt worden ist, daß die Zulässigkeit einer Beschwerde, auch wenn sie in einem am 1. 1. 00 anhängigen Verfahren erfolgt ist, nach den von diesem Tage ab in Kraft getretenen neuen Vorschriften der ZPO. beurteilt werden muß. Vgl. auch **RG.** JDR. **1** Ziff. 2 zu § 102.

2. **RG.** JW. **04** 118: Bei Einlegung einer sofortigen Beschwerde nach Ablauf der Beschwerdefrist. (Die Beschwerde war ursprünglich — fristgemäß — von einem beim Beschwerdegerichte nicht zugelassenen Anwalt unterzeichnet und infolgedessen als unzulässig verworfen worden; nach Ablauf der Frist ist der

beim Beschwerdegerichte zugelassene Anwalt der Beschwerde beigetreten und hat sie „zu der seinigen“ gemacht. Ein solcher Beitritt ist unstatthaft, die Beitrittserklärung war nur als selbständige Beschwerdeschrift aufrecht zu halten und als solche verspätet.)

3. OLG. Colmar, R. **03** 82: In der Verletzung eines allgemein anerkannten Grundsatzes wie desjenigen, daß sich die nochmalige Würdigung tatsächlicher Verhältnisse im Wege der durch § 27 FrGG. eingeführten Rechtsbeschwerde nicht erreichen läßt, liegt namentlich dann ein grobes, die Verurteilung des Rechtsanwalts in die Kosten seiner weiteren Beschwerde rechtfertigendes Verschulden desselben, wenn er, obwohl ihm bekannt war, daß durch Zwischenverfügung des Vorsitzenden des Beschwerdegerichts die Partei auf die Aussichtslosigkeit ihrer auf bloße tatsächliche Erörterungen gestützten privatschriftlichen (§ 29 Abs. 1 FrGG.) weiteren Beschwerde belehrt worden, ihr von deren Verfolgung nicht abrät, sondern den Auftrag zur Einreichung der weiteren Beschwerdeschrift ausführt und unnütze Kosten verursacht.

II. Der durch eine langjährige Praxis feststehende Grundsatz, daß das grobe Verschulden des Rechtsanwalts bei Vornahme eines prozessualischen Aktes und seine damit verbundene Verurteilung in die Kosten nicht dadurch beseitigt wird, daß er die Partei auf die Unzulässigkeit oder Aussichtslosigkeit des Rechtsbehelfs aufmerksam gemacht und die Prozeßhandlung auf ausdrückliches Verlangen der Partei vorgenommen hat — vgl. JDR. **1** Ziff. 5 zu § 102 —, ist auch in den Berichtsjahren von den Obergerichten mehrfach ausgesprochen worden:

1. **RG.** JW. **04** 118: Läßt sich die Partei nicht davon überzeugen, daß die von ihr verlangte prozessualische Handlung unstatthaft oder unter allen Umständen schlechthin aussichtslos sei, so ist es Pflicht des Rechtsanwalts, deren Vornahme abzulehnen. Das ist eine notwendige Folgerung aus den Gründen, durch die der Anwaltszwang gerechtfertigt wurde.

2. Abs. 3. Zuständigkeit des RG. auf die Beschwerde des in die Kosten verurteilten Rechtsanwalts.

RG. 55 138: Wenn durch Landesgesetz bestimmt ist, daß wegen verzögerter oder verweigerter Justizpflege das Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet und daß auf die Beschwerde die Vorschriften der §§ 568—576 ZPO. Anwendung finden, so können doch dadurch nur dem Landgerichte, nicht dem Reichsgerichte Rechte und Pflichten auferlegt werden. Die unmittelbare Einwirkung der Landesgesetzgebung auf die Zuständigkeit des Reichsgerichts ist ausgeschlossen. Daher ist das RG. nicht zuständig zur Entscheidung über die Beschwerde eines Rechtsanwalts, der wegen einer Beschwerde wegen Justizverzögerung nach § 102 in die Kosten verurteilt worden ist.

III. Abs. 4. Kein Beschwerderecht der Partei.

OLG. Rostock, MecklZ. **22** 245: Wird der Beschluß, durch den eine Verurteilung des Rechtsanwalts nach § 102 ausgesprochen wird, auf die Beschwerde des Rechtsanwalts aufgehoben, so steht dem Gegner ein Recht der weiteren Beschwerde nicht zu. Denn eine, eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidung, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen worden ist, steht nicht in Frage. Auch fehlt es an einer besonderen gesetzlichen Bestimmung, die in Fällen der vorliegenden Art der Partei das Rechtsmittel der Beschwerde einräumt. Die Vorschrift des § 102 Abs. 3 gibt die sofortige Beschwerde nur den Verurteilten. Demnach ermangeln die Voraussetzungen des § 567.

Darüber, daß die Beschwerde des verurteilten Prozeßbevollmächtigten nicht an die Voraussetzungen des § 567 Abs. 2 gebunden ist, vgl. **RG.** JDR. **1** Ziff. 5 § 102.

§ 103. 1. Salinger, R. **04** 278: Die Festsetzung der zu erstattenden Prozeßkosten ist auch in den Fällen des § 103 Abs. 1 von der Vollstreckbarkeit des Urteils abhängig; die Vollstreckbarkeit der Festsetzung hört auf, wenn der verurteilte Beklagte die ihm im Urteile zur Abwendung der Zwangsvollstreckung nachgelassene Sicherheit leistet oder wenn die Zwangsvollstreckung aus dem Urteile einstweilen eingestellt ist.

2. Aus der Praxis:

a) OLG. **6** 388 (Marienwerder), PosMschr. **03** 66: In dem durch die §§ 103 ff. ZPO. geregelten Verfahren können nur Prozeßkosten festgesetzt werden, und das sind nur Kosten, die in Beziehung auf einen rechtshängigen Anspruch erwachsen sind. Vergleichen sich die Parteien über den rechtshängigen Anspruch, so sind die durch diesen Vergleich entstandenen Kosten Prozeßkosten, ziehen sie in ihren Vergleich noch andere, nicht den Gegenstand des Rechtsstreits bildende Ansprüche hinein, so haben die insoweit entstandenen Mehrkosten mit dem Prozesse als solchen nichts zu tun, sie können als Prozeßkosten nicht angesehen werden.

Die entgegenstehende Ansicht des KG. (KGBl. **02** 15) überschreitet die dem Richter gezogene Grenze und sucht neues Recht zu schaffen.

b) Über das Kostenfestsetzungsverfahren im allgemeinen OLG. Frankfurt, R. **04** 78. Die Kosten des Ausgleichungsverfahrens sind nicht wie die Kosten des Rechtsstreits entsprechend dem dem Kostenfestsetzungsverfahren zugrunde liegenden Urteil nach den in ihm bestimmten Quoten unter den Parteien zu verteilen, sondern sämtlich von derjenigen Partei zu tragen, die der anderen den durch die Ausgleichung ermittelten Betrag zu erstatten hat.

Dies Kostenfestsetzungsverfahren stellt sich nicht als eine Ergänzung der in dem Urteile über die Kostenpflicht ergangenen Entscheidung dar, sondern als ein durchaus selbständiges Verfahren, hinsichtlich dessen Kosten nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden ist. Eine Verteilung der Kosten des Ausgleichverfahrens im Sinne des § 106 ZPO. nach Quoten des Urteils würde unbillig sein, da dieses Verfahren nicht unbedingt erforderlich ist, es den Parteien vielmehr freisteht, die Kostenausgleichung außergerichtlich vorzunehmen. Wollte man die Anwendung der §§ 91 ff. ZPO. auf das Festsetzungsverfahren ausschließen, so würde das zur Folge haben, daß diejenige Partei, welche nach erfolgter Ausgleichung dem Gegner voraussichtlich Kosten zu erstatten haben wird und daher den Gegner um Vorlage der Kostenrechnung ersucht hat, in dem von diesem ohne Rücksicht hierauf eingeleiteten Kostenfestsetzungsverfahren einen der Quotenteilung im Urteil entsprechenden Teil der Kosten tragen müßte. Ferner würde auch diejenige Partei, die nach vorgenommener Ausgleichung vom Gegner einen Kostenbetrag zu beanspruchen hat, im Ausgleichsverfahren trotzdem Kosten tragen müssen, obwohl sie dem Gegner vor Einleitung des Verfahrens ihre von diesem nicht bemängelte Kostenrechnung zugestellt hat mit dem Ersuchen um Übersendung der gegnerischen Rechnung und außergerichtliche Erledigung der Kostenangelegenheit.

§ 104. 1. *Bischofswerder, JW. **03** 370: Die obsiegende Partei, die die Gebühren ihres Anwalts noch nicht bezahlt hat, hat dem Gegner gegenüber keinen Anspruch auf Zahlung; sie kann nur verlangen, daß der Gegner sie von der Gebührenschuld durch Zahlung an den Anwalt befreit (vgl. § 257 BGB.). Der Schuldbefreiungsanspruch ist nicht übertragbar und unterliegt nicht der Pfändung (§ 399 BGB., § 851 ZPO.). Die Festsetzung nicht bezahlter Anwaltsgebühren darf nur in der Weise erfolgen, daß dem Gegner aufgegeben wird, die festgesetzte Summe an den Anwalt der obsiegenden Partei zu zahlen.

Nach *Wansch, JustdRdsch. **04** 121 f., setzt eine Zwangsvollstreckung aus einem Kostenfestsetzungsbeschluß eine Zustellung desselben voraus. Der Gerichts-

vollzieher ist nicht berechtigt, einen Zustellungsauftrag einer Partei anzunehmen, eine Zustellung im Parteibetrieb ist unwirksam.

2. Abs. 2. Zuständiges Gericht.

OLG. Breslau, R. **04** 169: Die Kostenfestsetzung verbleibt dem Gerichte erster Instanz, auch wenn im Falle des § 584 ZPO. das Berufungsgericht oder das Revisionsgericht über die Klage zu entscheiden hat.

3. Abs. 3. Unterschrift unter der Kostenrechnung.

KGBl. **04** 72 (KG.): Eine unterschriftliche Vollziehung der dem Kostenfestsetzungsantrage beigefügten Urschrift als Kostenrechnung ist im § 104 nicht vorgeschrieben. Das Erfordernis ergibt sich insbesondere auch nicht daraus, daß im Abs. 2 des § 104 neben der Kostenrechnung die zur Mitteilung an den Gegner bestimmte Abschrift derselben erwähnt ist. Es genügt vielmehr die Unterschrift unter dem Antrag auf Kostenfestsetzung.

§ 105. 1. In der bekannten Streitfrage, inwieweit die Einrede der Tilgung durch Zahlung, Aufrechnung usw. gegen einen Festsetzungsbeschluß im Beschwerdewege zulässig sei, hat sich OLG. **6** 389 (Oldenburg), im Einklange mit der herrschenden Meinung für die verneinende Ansicht ausgesprochen.

Ebenso hat sich OLG. **6** 390 (Dresden) der herrschenden Rechtsmeinung angeschlossen, daß nicht nur die Aufrechnungs-, sondern jede Art von Tilgungs-, also auch die Zahlungseinrede im Kostenfestsetzungsverfahren unstatthaft sei. Dies folgt mit Notwendigkeit aus der Natur und dem Zwecke des Verfahrens. Es bildet einen Teil des anhängigen Rechtsstreits und ist ausschließlich dazu bestimmt, den durch Urteil und bereits seinem Grunde nach feststehenden Anspruch auf Prozeßkostenersatz noch seinem Betrage nach festzustellen. Wegen dieser lediglich in der Bezifferung des Anspruchs bestehenden Aufgabe entbehrt es des selbständigen Charakters, und das Prozeßgericht hat sich auf die Prüfung zu beschränken, ob die berechneten Kosten wirklich entstanden sind, unter das Urteil fallen, sich als notwendiger Aufwand darstellen und den Gebühren und Taxvorschriften entsprechen. Ebenso KG., OLG. **6** 391 Anm. 1.

SächsOLG. **24** 463: Der Kostenschuldner ist im Kostenfestsetzungsverfahren mit der Einrede der Zahlung, Aufrechnung usw. nicht zu hören, er ist vielmehr auf die im § 767 vorgesehene Klage zu verweisen.

2. Abs. 4. Sofortige Beschwerde.

a) OLG. Rostock, MecklZ. **23** 40: Die sofortige Beschwerde aus § 105 Abs. 4 steht nur der Partei und nicht dem Prozeßbevollmächtigten zu. Dieser kann die sofortige Beschwerde nur dann im eigenen Namen erheben, wenn er der armen Partei als Armenanwalt (vgl. § 124) beigeordnet ist.

b) Austragung der Streitwertsfrage durch sofortige Beschwerde gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß.

OLG. Karlsruhe, R. **03** 578: Die Streitwertsfrage kann auf dem Wege der sofortigen Beschwerde gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß ausgetragen werden. Eine auf Erhöhung des Streitwerts gerichtete Beschwerde der Partei ist nicht etwa im Hinblick auf § 107 ZPO. schlechthin unstatthaft (a. M. Gaupp-Stein § 105), sondern es kommt darauf an, ob die Partei ein besonderes Interesse an der Erhöhung des Streitwerts nachweisen kann. Dieses besondere Interesse ist gegeben, wenn die Partei ihrem Anwalt Gebühren nach einem höheren Streitwerte entrichten müßte, als der Kostenfestsetzungsbeschluß annimmt.

Hierzu auch OLG. Colmar, R. **03** 607: Die von einem Prozeßbevollmächtigten „namens der Partei und nötigenfalls eigenen Namens“ eingelegte sofortige Beschwerde gegen einen Kostenfestsetzungsbeschluß, welche sich darauf, daß die betreffenden Anwaltsgebühren nach einer zu niedrigen Wertstufe bemessen seien, gründet und demzufolge auf Erhöhung des Streitwerts abzielt, ist mangels

eigenen Interesses der Partei unzulässig, sofern sie nicht etwa ihrem eigenen Anwalt höhere Gebühren bezahlt hat, als im angefochtenen Beschlusse festgesetzt worden. Andererseits ist eine Befugnis des Anwalts, eigenen Namens jenen unter den Parteien ergangenen Beschluß anzufechten, nur dann gegeben, wenn er als Armenanwalt die Kostenfestsetzung eigenen Namens beantragt (§ 124 ZPO.) oder wenn in dem angefochtenen Kostenfestsetzungsbeschlusse zugleich eine Streitwertfestsetzung enthalten ist.

c) Über die Wirkung der nur gegen bestimmte Posten eines Kostenfestsetzungsbeschlusses gerichteten sofortigen Beschwerde äußert sich OLG. **9** 71 (Cassel).

§ 106. SächsOLG. **24** 463: Die Vorschrift des § 106 ist nicht anwendbar auf die Fälle, wo zwar eine jede Partei zur Tragung gewisser Prozeßkosten verurteilt, die Verteilung der Kosten aber nicht nach Quoten erfolgt ist.

§ 107. Abs. 3: Legitimation zur Beschwerde.

OLG. Posen, PosMschr. **04** 133: Ein Beschwerderecht wegen zu niedriger Streitfestsetzung hat nicht die Partei, sondern nur der Rechtsanwalt.

Sechster Titel. Sicherheitsleistung.

§ 108. Bewertung der hinterlegten Papiere.

OLG. Darmstadt, DJZ. **04** 951: § 108 Abs. 1 will nur sagen, daß auch andere als mündelsichere Papiere vom Gericht zugelassen werden können, hat dagegen nicht den Sinn, daß bei solchen anderen Wertpapieren oder bei Wertpapieren überhaupt es dem Gerichte freistehe, die Höhe der Bewertung der Papiere selbst abzuschätzen. Bei solcher Auslegung würde der vorhergehende Teil des § 108 Abs. 1 ZPO. wieder vollständig aufgehoben. Der Abs. 3 des § 234 BGB. bildet vielmehr die Grenze der Bewertung sowohl für mündelsichere wie für andere Wertpapiere.

§ 109. 1. *Radlauer, Buschs Z. **31** 471 ff.: Der Wegfall der Veranlassung zur Sicherheitsleistung ist unter Angabe der Gründe, die sich aus den verschiedenen Zwecken der Sicherheitsleistung ergeben, darzulegen; einer Glaubhaftmachung dieser Gründe bedarf es nicht. Die Rückzahlung der prozessualen Sicherheitsleistung, die gemäß § 109 zu betreiben ist, darf nicht dem erkennenden Gerichte zur Entscheidung vorgelegt werden.

2. Anwendungsgebiet des § 109.

a) **RG. 52** 105: Das Verfahren des § 109 ist unterschiedlos für alle Fälle vorgeschrieben, in denen die einmal vorhandene Veranlassung zu einer Sicherstellung weggefallen ist.

b) SächsOLG. **25** 76 handelt über das Verfahren, wenn der obsiegende Kläger auf Grund der Rechtskraft des Urteils die Herausgabe der Sicherheit verlangt, die der Beklagte zur Abwendung vorläufiger Urteilsvollstreckung erlegt hatte: Das Prozeßgericht ist in diesem Falle nicht berufen, die Herausgabe der Sicherheit an den Kläger anzuerkennen. § 715 kommt für die Entscheidung nicht in Betracht, weil es sich nicht um die Rückgabe einer vom Kläger geleisteten Sicherheit handelt.

c) Die streitige Frage, ob neben dem § 109 eine Klage auf Einwilligung in die Rückzahlung zulässig sei, wird mit überzeugender Begründung (gegen Seuffert § 109 Nr. 1) bejaht vom OLG. Bamberg, SeuffA. **59** 112:

Durch den § 109 ist das ordentliche, materielle Klagerecht nicht beseitigt; es wurde kein zwingendes, lediglich dispositives Recht geschaffen. Dem Hinterleger steht das Wahlrecht zwischen einer Klagerhebung und der Antragstellung nach § 109 zu. Es liegt das gleiche Verhältnis vor, wie zwischen dem Mahnverfahren und dem ordentlichen Prozesse: es hängt lediglich vom Gesuche des Gläubigers ab, ob dieses oder jenes Verfahren eintreten soll; er ist aber

nicht verpflichtet, an Stelle des ordentlichen Prozesses das andere Verfahren zu wählen.

Wenn der Gesetzgeber einen so tiefgehenden Eingriff hätte machen wollen, so hätte er dies bei der Wichtigkeit der Sache sicherlich klar ausgedrückt. Vom praktischen Standpunkt aus bestand auch kein Anlaß, dem Hinterleger das Klagrecht gänzlich zu nehmen und es auf dessen Gegner zu übertragen.

Die Gegengründe, Schnelligkeit und Billigkeit des Verfahrens nach § 109 sind nicht durchschlagend. Die Schnelligkeit des Verfahrens, welche übrigens auch bei Stellung einer Klage durch Abkürzung der Einlassungsfrist bewirkt werden kann, berührt nur das Interesse des Hinterlegers; wenn er den längeren Klageweg beschreitet, ist es seine Sache. Das Interesse des Gegners bezieht sich bloß auf die Billigkeit im Kostenpunkte. Dieses kann aber nur bewirken, daß unter Umständen der Gegner die Überbürdung der Kosten auf den Kläger verlangen darf.

d) Sicherheitsleistung im Arrestverfahren.

OLG. Colmar, R. **04** 451: Wenn auf ein dem Gläubiger gegen Sicherheitsleistung bewilligtes Arrestgesuch der Schuldner nicht bloß die Hauptsumme nebst Zinsen und den Kosten der Hauptsache, sondern auch die Kosten des Arrestverfahrens vorbehaltlos bezahlt, und dadurch die Berechtigung des gegen ihn erwirkten Arrestes anerkannt hat, kann er gegen den Arrestgläubiger einen Schadensersatzanspruch aus § 945 nicht mehr erheben, und es ist daher die Veranlassung für jene Sicherheitsleistung weggefallen und der Antrag des Gläubigers auf Fristbestimmung nach § 109 begründet.

3. OLG. Marienwerder, SeuffA. **58** 421: Gegen die Fristbestimmung aus § 109 Abs. 1 zum Zwecke einer Rückgabe der Sicherheit ist keine Beschwerde zulässig.

§ 110. *Wörner, SächsA. **13** 21: Eingeborene deutscher Schutzgebiete sind, falls sie vor deutschen Gerichten auftreten, von der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung befreit, da bei ihnen die Gegenseitigkeit als verbürgt anzusehen ist.

*Walsmann, Streitgen. Nebeninterv. 199: Der zugunsten des Beklagten intervenierende streitgenössische Nebenintervenient kann nicht auch für sich selbst Sicherheit in Ansehung der Kosten verlangen.

OLG. **7** 274 (Stettin): Ungarische Kläger sind zur Sicherheitsleistung nicht verpflichtet.

*Arend, Parteiqualität der offenen Handelsgesellschaft 50: Aus der Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft folgt, daß eine oHG., die ihren Sitz in Deutschland hat, auch dann keine Prozeßkostenkaution zu leisten hat, wenn ihre Gesellschafter als Kläger eine solche zu leisten haben würden. (A. M. **RG. 36** 393 ff.)

Siebenter Titel. Armenrecht.

§ 114. 1. Erteilung des Armenrechts für eine schon abgeschlossene Instanz?

RG. SeuffA. **59** 285: Die Fassung des § 114 weist schon darauf hin, daß das Armenrecht für eine Instanz nur dann bewilligt werden kann, wenn es sich dabei um eine von einer armen Partei beabsichtigte, also nicht schon der Vergangenheit angehörende Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung handelt, wenn also das Verfahren der Instanz noch nicht durch Urteil beendigt ist.

Ebenso **RG.** JW. **04** 178, wo zugleich die Konsequenz gezogen ist, daß nach beendeter Instanz eine Beschwerde wegen Verweigerung des Armenrechts unzulässig ist.

2. *Arend, Parteiqualität der offenen Handelsgesellschaft 31: Weder der offenen Handelsgesellschaft noch der Kommanditgesellschaft kann, entgegen dem Beschlusse des **RG.** v. 18. 5. 98 SeuffA. **54** 95, das Armenrecht verliehen werden, weil sie nicht physische Personen und die Gesellschafter nicht Parteien sind.

BayOLG. **3** 297, SeuffA. **58** 37: Dem Nachlaßpfleger kann bei ungewissen Erben das Armenrecht erteilt werden.

Der Nachlaßpfleger ist der Vertreter dessen, der sich schließlich als der wirkliche Erbe herausstellt. Bei der Beantwortung der Frage, ob es an dem zur Bestreitung der Prozeßkosten nötigen Vermögen fehlt, können die Vermögensverhältnisse derjenigen Personen, die möglicherweise sich als Erben herausstellen, nicht in Betracht kommen. Es kann also nur darauf ankommen, ob die Prozeßkosten aus den Mitteln des Nachlasses gedeckt werden können. Ist dies nicht der Fall, so hat der Nachlaßpfleger einen Anspruch auf das Armenrecht.

3. Über die Frage, wie sich Armenrecht der mittellosen Ehefrau und Kostenvorschußpflicht des Ehemanns zueinander verhalten, vgl. vor allem JDR. **2** zu § 1387 BGB.

OLG. Rostock, MecklZ. **23** 20: Da der Ehemann gemäß § 1387 BGB. zur Tragung der Prozeßkosten seiner Ehefrau gegenüber verpflichtet ist und zur Erfüllung dieser Pflicht auch durch einstweilige Verfügung angehalten werden kann, so fehlt es an einem ausreichenden Grunde, der mittellosen Ehefrau das Armenrecht zu erteilen, so lange nicht dargetan ist, daß auch der Mann zur Bestreitung der Prozeßkosten außerstande ist.

4. Abs. 2. SächsOLG. **24** 465: Nach § 114 Abs. 2 ZPO. haben Ausländer „auf das Armenrecht nur insoweit Anspruch, als die Gegenseitigkeit verbürgt ist". Bei dieser Ausdrucksweise des Gesetzes, und wenn man insbesondere die Worte: „nur insoweit als" berücksichtigt, kann man die Frage, ob die Gegenseitigkeit als verbürgt anzusehen sei, dann nicht bejahen, wenn in dem ausländischen Staate, dessen Angehöriger das Armenrecht im Deutschen Reiche nachsucht, wie in den Vereinigten Staaten von Amerika, die Einrichtung des Armenrechts überhaupt nicht besteht. Vielmehr ist die Erteilung des Armenrechts an einen Ausländer davon abhängig, daß in dem Staate, zu dem er gehört, einem Deutschen, der dort Prozeß führen will, das Armenrecht, wenn nicht unter den gleichen, so doch unter ähnlichen Voraussetzungen wie im Deutschen Reiche, gewährt wird.

Über die Verbürgung der Gegenseitigkeit bei Eingeborenen deutscher Schutzgebiete s. Wörner o. zu § 110.

Im Gegensatze zur Entscheidung des II. Zivilsenats SächsOLG. **24** 465 ff. hat SächsOLG. **25** 466 angenommen, daß in den Vereinigten Staaten von Amerika die Gegenseitigkeit verbürgt sei.

5. Armenrecht und Haftkostenvorschuß.

a) SächsOLG. **25** 462: Die Bewilligung des Armenrechts befreit auch von der Erlegung eines Haftkostenvorschusses im Offenbarungseidverfahren.

b) Ebenso KG., KGBl. **04** 31, unter Aufhebung des abweichenden Beschlusses des LG. Berlin I.

c) Entgegengesetzt: Bescheid des OStA. des KG., KGBl. **04** 56, unter Bezugnahme auf die übereinstimmende Verfügung des preußischen Justizministers vom 10. Mai 1902.

§ 115. I. Nr. 1 (§ 911 ZPO., § 79 Nr. 8 DGKG.): 1. *Winter behandelt in R. **04** 237 ff., die Streitfrage, ob die Bewilligung des Armenrechts von der Verpflichtung zur Vorauszahlung der Haftkosten befreit. Er stellt die

zustimmenden und die verneinenden Ansichten zusammen, würdigt sie kritisch und gelangt zu folgendem Ergebnis:

§ 911 ZPO., dessen Zweck es ist, den Schuldner gegen eine mutwillige Ausübung des Verhaftungsrechts des Gläubigers nach Möglichkeit zu schützen, bestimmt, daß regelmäßig die Haft- und Verpflegungskosten, die nach § 79 Nr. 8 GKG. zu den baren Auslagen des Gerichts zählen, vom Gläubiger im voraus zu berichtigen sind, so daß eine Belastung der Staatskasse nicht erst einzutreten hat. Eine Ausnahme tritt bei Bewilligung des Armenrechts an den Gläubiger ein; denn dieses befreit den Gläubiger von der Berichtigung aller baren Auslagen nach § 115 Nr. 1 ZPO., so daß die Gerichtskasse dieselben einstweilen zahlen muß. Eine Vorschrift, nach der eine Partei trotz Bewilligung des Armenrechts im Falle des § 911 dennoch auch die baren Auslagen zu bestreiten oder sogar vorschußweise zu berichtigen hätte, so daß hier die Anwendbarkeit der zugunsten der armen Partei gegebenen Sonderbestimmung des § 115 ZPO. ausgeschlossen wäre, gibt es nicht. Ebenso wie von der allgemein ausgesprochenen Kosten- und Vorschußpflicht überhaupt, ist die arme Partei auch von der Vorauszahlungspflicht des § 911 durch die das Armenrecht regelnden speziellen Bestimmungen einstweilen befreit.

2. Wirkung des Armenrechts auf bereits gezahlte Gebühren und Vorschüsse.

BayObLG. **3** 851: Durch die Bewilligung des Armenrechts erlangt die arme Partei nicht auch den Anspruch auf Erstattung der Gebühren, die sie schon vorher gezahlt hat und auf Rückzahlung des bereits gezahlten Vorschusses, selbst wenn dem Gegner die Kosten des Verfahrens auferlegt werden.

SächsOLG. **24** 466: Die Erteilung des Armenrechts begründet nicht einen Anspruch auf Rückzahlung eines bereits gezahlten und verbrauchten Vorschusses.

RG. SächsA. **14** 370: Der beigeordnete Armenanwalt kann die ihm angesonnene Vertretung der armen Partei nicht deswegen ablehnen, weil er selbst gegen sie Forderungen hat.

3. Pflichten des Armenanwalts zur sorgfältigen Wahrnehmung der Interessen seiner Partei.

RG. JW. **04** 386: Dem Rechtsanwalte, der nur einer Partei zur Wahrnehmung ihrer Rechte vom Gerichte beigeordnet ist, erwächst ohne weiteres die Pflicht, sich mit aller Sorgfalt der Interessen der Partei anzunehmen, insbesondere auf Wahrung der dabei etwa in Betracht kommenden Fristen bedacht zu sein. Weiß der Armenanwalt der Berufungsinstanz nicht, wann die Berufungsfrist abläuft, so hat er sich im Zweifel so zu verhalten, als ob die Sache Eile hat.

II. Nr. 3. Umfang der Pflichten des Armenanwalts, insbesondere zur Anfertigung der für die Zustellung erforderlichen Abschriften.

RG. JW. **04** 208: Der bestellte Anwalt hat alle diejenigen Handlungen vorzunehmen, die zur ordnungsmäßigen Wahrnehmung der Rechte seiner Partei in dem Rechtsstreit erforderlich sind, und insoweit auch die erforderlichen Aufwendungen vorläufig aus eigenen Mitteln zu bewirken. Zu diesen Handlungen gehört aber auch die Veranlassung der Zustellung eines ergangenen Urteils, die notwendig ist, damit für die Partei das zulässige Rechtsmittel dagegen eingelegt werden kann. Daß das Urteil kein von dem Anwalte selbst ausgehendes Schriftstück ist, kann keinen Unterschied begründen. Es genügt, daß das Gesetz die Zustellung des Urteils ausdrücklich dem Parteibetrieb überwiesen hat.

Die Verpflichtung zur Anfertigung von Abschriften bezieht sich auch auf die noch zuzustellenden Urteile der Vorinstanz.

§ 118. 1. Paschke, DJZ. **04** 989: Will die das Armenrecht vor Erhebung der Klage nachsuchende Partei einen Anspruch geltend machen, der vor

die Kammer für Handelssachen gehört, so ist diese als zuständig für die Bewilligung des Armenrechts anzusehen, auch wenn sie in dem Antrage nicht ausdrücklich genannt ist.

2. OLG. Köln, DJZ. **03** 204: Die Bestimmung des Abs. 2 Satz 2 greift nicht Platz, wenn gegen den Berufungsbeklagten als solchen bereits ein Versäumnisurteil ergangen ist, und er nunmehr als Einspruchskläger auftritt.

§ 120. Die streitige Frage, ob § 120 auf die Gebühren und Auslagen der Gerichtsvollzieher anwendbar ist, wird verneint vom LG. Freiburg, BadRpr. **03** 201; ebenso Petersen Note 3 zu § 115, Note 2 zu § 120; Seuffert Note 1 u. 3 zu § 115; Gaupp-Stein Note 1 zu § 125; a. M. Struckmann-Koch Note 2 zu § 115.

§ 124. 1. Anwendung auf andere Vollstreckungstitel.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 90: Der § 124 umfaßt aus Gleichheit des Grundes auch einen mit Vollstreckungsklausel versehenen Vergleich. Denn die im § 124 gesetzlich geschaffene Rechtsübertragung an den Armenanwalt stützt sich auf die Eigenschaft des Urteils als Vollstreckungstitel. Diejenigen Rechtsakte, die hinsichtlich der Vollstreckung und anderer Folgerungen aus diesen Titeln den Urteilen gleich vom Gesetze gewertet werden, erscheinen als durch den Ausdruck „verurteilten“ im § 124 aus der Gleichheit des Grundes mitumfaßt.

2. Das OLG. Dresden, OLG. **7** 130, SächsOLG. **24** 468, bleibt bei seiner der Judikatur des RG. entgegenstehenden Rechtsauffassung stehen, daß der § 124 dem Anwalt ein selbständiges Recht auf Kostenerstattung verleiht.

Daraus folgert das OLG., daß dann, wenn der Armenanwalt die seiner Partei zu erstattenden Prozeßkosten hat festsetzen lassen, er den Beschluß nicht aus § 727 auf seine Person umschreiben lassen kann, da er nicht Rechtsnachfolger der Partei ist.

OLG. Dresden, OLG. **7** 281, führt weiter aus: Läßt ein Armenanwalt für seine Partei die Kosten festsetzen, so verliert er das ihm aus § 124 zustehende Selbstrecht auf Kostenerstattung.

Dagegen **RG.** JW. **04** 145: Durch den Kostenfestsetzungsbeschluß zugunsten der Partei geht das selbständige Recht des Armenanwalts auf Zahlung der Prozeßkosten nicht verloren.

Es kann dahingestellt bleiben, ob das Recht des Armenanwalts aus § 124 aus dem Gesichtspunkt einer gesetzlichen Zession, also dahin zu verstehen sei, daß der Kostenerstattungsanspruch der armen Partei kraft Gesetzes mit der Erlassung oder der Rechtskraft eines Kostenurteils auf den Armenanwalt in Höhe seiner Kostenforderung übergeht, oder ob § 124 dem Armenanwalt ein selbständiges Recht neben dem Rechte der Partei verleiht. Nach beiden Konstruktionen liegt in dem erwähnten Vorgange kein Verzicht des Rechtsanwalts auf die ihm gewährte Befugnis.

KG., GerVollzZ. **01** 65: Der Armenanwalt zieht die für die arme Partei festgesetzten Kosten nicht aus eigenem Rechte ein. Er kann daher, falls er einen Gerichtsvollzieher mit der Beitreibung beauftragt, nicht mit den hierdurch entstandenen Kosten belastet werden. Es ist unerheblich, daß der Armenanwalt den Gerichtsvollzieher beauftragt hat, die Kosten an ihn, und nicht an die arme Partei abzuführen.

3. Das Recht des Armenanwalts aus § 124 ein Pfandrecht am Erstattungsanspruch.

OLG. Jena, Buschs Z. **31** 334: Unhaltbar ist die herrschende Meinung, daß das im § 124 dem Anwalte der armen Partei verliehene Recht auf eine Übertragung der Rechte der armen Partei kraft Gesetzes zurückzuführen sei. Eine solche Übertragung würde der armen Partei mehr nehmen, als zur Er-

reichung des richtigen Zweckes nötig ist, nämlich das ganze Gläubigerrecht, während die bloße Belastung dieses Gläubigerrechts mit einem Rechte des Anwalts die gleichen Dienste leistet. Die für die Sicherung einer Forderung typische Rechtsform ist das Pfandrecht. Und wenn man es unternimmt, das Beitreibungsrecht des Anwalts aus § 124 als Ausfluß eines ihm gewährten gesetzlichen Pfandrechts an dem Erstattungsanspruche der armen Partei aufzufassen, so ergibt sich, daß der Sicherungszweck, den das Gesetz verfolgt, im selben Maße erreicht wird, wie durch die Übertragung, ohne daß darüber hinaus die Rechte der einen oder anderen Partei unnötig geschmälert werden.

Diese Konstruktion des Pfandrechts befriedigt auch alle berechtigten Interessen der beteiligten Personen in bezug auf die Sicherung einerseits und die Bewegungsfreiheit andererseits. Es wird dabei jede Überspannung der dem Anwalte zu gewährenden Rechte vermieden. Bezahlt die arme Partei den Anwalt, so erlischt sein Beitreibungsrecht von selbst (§§ 1257, 1273, 1252 BGB.), die arme Partei kann dann ohne weiteres den Erstattungsanspruch gegen den Gegner erheben. Die einfache Erklärung des Anwalts an die arme Partei, daß er sein Recht aufgebe, genügt zur Aufhebung des Beitreibungsrechts (§§ 1257, 1273, 1255 BGB.). Mit Zustimmung des Anwalts kann überhaupt die arme Partei jederzeit den Erstattungsanspruch geltend machen (§ 1284 BGB.). Die Rechtsstellung des Gegners gegenüber der Möglichkeit, sowohl vom Anwalt als auch von der armen Partei in Anspruch genommen zu werden, ist durch § 1275 BGB. (in Verbindung mit §§ 409, 182, 111) hinreichend gesichert.

Kann hiernach die arme Partei mit Zustimmung des ihr beigeordneten Anwalts Festsetzung der Kosten beantragen, so kann es auch der Anwalt in ihrem Namen. Dadurch, daß er den Antrag für sie stellt, stimmt er der Einziehung der Kosten durch sie zu.

➳ Diese Mittelmeinung dürfte wenig Anklang finden. Sie erscheint gekünstelt und ist in ihrer Tragweite kaum absehbar. — Red. ⇠

LG. Königsberg, PosMschr. **03** 9, 10: Die Allgem. Verfügung v. 16. 12. 01 betr. Beitreibung der Kosten der von den Gerichtsvollziehern auf Grund von Armenrechtsbewilligungen unentgeltlich bewirkten Amtshandlungen steht mit § 124 ZPO. im Einklange.

§ 125. *Begemann, BuschsZ. **31** 489 ff.: Über die Nachzahlungspflicht einer zum Armenrechte zugelassenen Partei hat das Gericht zu entscheiden, welches das Armenrecht bewilligt hatte. Dies folgt aus den Bestimmungen des § 119, wonach das Armenrecht „für jede Instanz besonders" bewilligt wird, und des § 121, wonach das Armenrecht „zu jeder Zeit" entzogen werden kann, sobald sich ergibt, daß eine Voraussetzung der Bewilligung nicht vorhanden war oder nicht mehr vorhanden ist, sowie aus § 126, wo die Bewilligung des Armenrechts, die Entziehung des Armenrechts und die Anordnung der Nachzahlung als eine dreifache sich in sich ergänzende Befugnis eines und desselben Gerichts bezüglich des Armenrechts zusammengestellt erscheinen.

§ 126. Nach *Wansch, JustdRdsch. **04** 107 ff., kann die um Bewilligung des Armenrechts nachsuchende Partei auf die Zustellung des das Armenrecht bewilligenden Beschlusses nicht verzichten.

Dritter Abschnitt. Verfahren.

Erster Titel. Mündliche Verhandlung.

Vorbemerkung: Die zu diesem Titel ergangenen Entscheidungen der oberen Gerichte behandeln fast durchgängig nur einzelne die Praxis beschäftigende Fragen meist formaler Natur. Eine größere Anzahl Entscheidungen ist nur zu dem Kapitel des richterlichen Fragerechts zu verzeichnen gewesen.

§ 128. 1. a) RG. 54 7, JW. 03 150, SeuffA. 59 210: Eine Berufungsverhandlung, in der einer der Richter nach Verlesung der Anträge durch die Parteien einen von ihm aus den Akten entworfenen Tatbestand vorträgt, worauf die Parteien das Vorgetragene als richtige Wiedergabe der Verhandlungen erster Instanz anerkennen und sodann weiter zur Sache verhandeln — enthält eine Verletzung des Grundsatzes der mündlichen Parteiverhandlung. — Die Parteien können auf Befolgung dieses Grundsatzes wirksam nicht verzichten (vgl. § 161).

b) RG. JW. 04 65: Die Grundsätze über die mündliche Parteiverhandlung sind verletzt, wenn die Darlegung des Standes der Sache nicht durch die Parteien, sondern durch den Vorsitzenden erfolgt ist.

2. a) BayObLG., R. 03 20: Der Inhalt anderer Akten darf bei Erlassung eines Urteils nur dann berücksichtigt werden, wenn er in der mündlichen Verhandlung vorgetragen worden ist.

b) OLG. Colmar, BuschsZ. 33 286: Das Gericht darf eine nach der letzten mündlichen Verhandlung zu den Akten gebrachte Vollmachtsurkunde bei der Entscheidung ebensowenig berücksichtigen, als eine andere nachträglich vorgelegte Beweisurkunde.

§§ 129 ff. RG. JW. 04 65: Der gesetzliche Zweck der vorbereitenden Schriftsätze hindert nicht, daß eine in dieselbe aufgenommene Parteierklärung, welche nach dem Willen der Parteien eine weitergehende Bestimmung hat, und unmittelbar durch sich selbst eine rechtliche Wirkung herbeiführen soll, rechtsgültig ist. Ein solcher Schriftsatz hat dann einen doppelten Charakter.

§ 130. Ziff. 1. 1. Pignol, Bezeichnung und Ausweis der gesetzlichen Vertreter der Parteien im Zivilprozesse, R. 04 162 ff.: Maßgebend neben der ZPO. die andern Reichsgesetze, insbes. HGB. Nach HGB. ersetzt die Angabe der Firma die Bezeichnung der dahinter Stehenden im Schriftsatz und Urteil.

2. Benennung der Dahinterstehenden wird nötig aus besonderem Anlasse.

3. Ferner, wenn die Partei selbst auftritt, oder die Vollmacht nicht bloß mit der Firma unterzeichnet sein darf.

4. In allen anderen Fällen müssen die gesetzlichen Vertreter schlechthin und vollständig bezeichnet werden, auch für Versäumnisverfahren und Vollstreckungsbefehl.

5. Nachweis der Vertretungsmacht der gesetzlichen Vertreter nur aus besonderen Anlasse erforderlich.

6. Verstoß gegen die Erfordernisse der Bezeichnung und Nachweisung hat Abweisung zur Folge. Aushilfsmittel des Verkündungstermins ausgeschlossen.

§ 134. OLG. Darmstadt, DJZ. 03 552: Der Ausdruck „Gegner" ist nicht gleichbedeutend mit dem Prozeßbevollmächtigten oder Rechtsanwalt. Bei Niederlegung und Einsichtnahme von Urkunden im Prozesse besteht kein Anwaltszwang. Die Niederlegung der Urkunden kann der Natur der Sache nach regelmäßig vor dem Gerichtsschreiber erfolgen und daher ist § 78 Abs. 2 ZPO. anwendbar (vgl. JDR. 1 zu § 134).

§ 137. 1. Abs. 2. RG. JW. 04 295: Auch wenn die Termine zeitlich weit auseinanderliegen, ist es nicht immer erforderlich, daß der im ersten Termine vorgetragene Streitstoff im zweiten nochmals vorgetragen wird.

RG. JW. 03 123: Akten, die bei der Begründung des Urteils benutzt werden, müssen stets zum Gegenstande der mündlichen Verhandlung gemacht worden sein.

RG. 54 7 ff.: Der Vortrag des Tatbestandes durch den Berichtstatter kann auch bei Einverständnis der Parteivertreter nicht die mündliche Verhandlung ersetzen (9).

2. Abs. 3. **RG.** JW. **03** 22: Der vorgeschriebene Vortrag von Schriftstücken kann durch deren Vorlegung nicht ersetzt werden.

3. Abs. 4. **RG.** JW. **03** 397: Ist einer neben dem Anwalt erschienenen Partei nicht gemäß der zwingenden Vorschrift des Abs. 4 das erbetene Wort erteilt worden, so kann die Revision hierauf doch nicht gestützt werden, wenn weder die Partei selbst noch der Anwalt gemäß § 140 auf die Entscheidung des Gerichts angetragen haben.

§ 139. 1. Allgemeines.

a) **RG.** R. **04** 21: Dieser Paragraph besagt nur, daß bei ungenügender Angabe geltend zu machender Tatsachen die befragende Tätigkeit des Vorsitzenden zum Zwecke der Vervollständigung des von der Partei gewollten Vorbringens eintreten sollte. Dagegen verpflichtet § 139 den Vorsitzenden nicht, in Fällen, in denen die Partei es unterlassen, Tatsachen, von deren Vorhandensein die Berechtigung des Klagevorbringens abhängt, geltend zu machen, sie zu dieser Geltendmachung anzuregen und dadurch der Klage zu einem ihr sonst nicht zukommenden rechtlichen Erfolg zu verhelfen.

b) **RG.** 13. 7. 04, Puchelts Z. **35** 514 ff., R. **04** 451: § 139 soll nicht zur Erörterung über Gesetzesanwendung, sondern lediglich zur Aufklärung und Feststellung des Sachverhalts dienen (518).

c) OLG. Jena, ThürBl. **50** 275/276: Maßgebend für die Beurteilung der Fragepflicht ist das in der mündlichen Verhandlung Vorgebrachte, nicht das in vorbereitenden Schriftsätzen Enthaltene.

2. Ausübung des Fragerechts erforderlich.

a) **RG.** JW. **03** 420: Ausübung des Fragerechts ist geboten, wenn Zweifel darüber bestehen, ob der Beklagte und Widerkläger mit dem Widerklagantrage Abweisung des Klagantrags beantrage.

b) **RG.** JW. **03** 432, ZBlFrG. **4** 406: Das Gericht hat von der Fragepflicht Gebrauch zu machen, um eine für den Erfolg der Klage erhebliche Berichtigung des Klagantrags herbeizuführen. (Anfechtungsklage: Der Konkursverwalter hatte auf Rückübertragung des fraudulos veräußerten Grundstücks, statt auf Duldung der Zwangsvollstreckung geklagt.)

c) **RG.** JW. **04** 94: Verpflichtung des Gerichts, durch Fragen aufzuklären, ob ein gestellter Antrag im Sinne einer Leistungs- oder Feststellungsklage aufgefaßt werden soll.

d) **RG.** JW. **04** 387: Fragepflicht bei in erster Instanz gestellten, in zweiter Instanz nicht wiederholten erheblichen Beweisanträgen.

e) **RG.** Puchelts Z. **35** 207 ff.: Die Nichtaufstellung einer erheblichen Behauptung durch eine Partei verpflichtet das Gericht, in Anwendung des § 139 die Hebung dieses Mangels zu versuchen.

f) **RG.** JW. **03** 63: Ist Scheingeschäft behauptet, so enthält die richterliche Feststellung, daß Fiduziarverhältnis vorliege, die Berücksichtigung einer nicht vorgebrachten Tatsache. Die Feststellung darf nicht erfolgen, ohne daß den Parteien Gelegenheit gegeben wird, sich über die in Aussicht genommene Feststellung zu äußern.

g) **RG.** JW. **03** 22: Ausübung des Fragerechts erforderlich bei nicht vorhersehbarer Verwendung von Schutzbehauptungen gegen den Behauptenden.

h) **RG.** JW. **03** 23: Ausübung des Fragerechts erforderlich bei Verwendung von Tatsachen gegen eine Partei, welche im Prozesse nicht Gegenstand der Parteibehauptungen gewesen sind.

3. Ausübung des Fragerechts nicht erforderlich:

a) **RG.** JW. **03** 22: Fälle, wo die Ausübung des Fragerechts nicht erforderlich ist.

b) **RG. 53** 244: Die richterliche Fragepflicht erstreckt sich nicht auf Beschaffung neuen Prozeßmaterials.

c) BayObLG., R. **04** 285: Der Richter ist nicht verpflichtet, eine Partei, die andere Beweismittel bezeichnet hat, zu einer Eideszuschiebung zu veranlassen.

§ 141. OLG. **6** 391 (Celle): Die Verhandlung mit einer Partei, deren persönliches Erscheinen gemäß § 141 angeordnet ist, kann niemals als erforderlich im Sinne des § 219 gelten. Aufgehoben durch **RG. 56** 359, s. hierüber unten zu § 219.

§ 146. OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 215: Das Bestreiten der Passivlegitimation seitens des Beklagten ist kein selbständiges Verteidigungsmittel und rechtfertigt nicht die abgesonderte Verhandlung und Entscheidung.

§ 147. SächsOLG. **24** 457: Das Prozeßgericht hat über die getrennt verhandelten Sachen auch getrennt zu entscheiden. Wenigstens ist die äußerliche Vereinigung der Rechtssprüche in einer einzigen Urkunde nicht geeignet, den Rechtssprüchen ihre innere Selbständigkeit zu entziehen und das an sich gegen jede der beiden Entscheidungen gegebene Rechtsmittel auszuschließen. Mithin ist § 99 Abs. 3 insoweit anwendbar, als ein Prozeß sich in der Hauptsache erledigt hat.

§ 148. 1. **RG.** JW. **03** 151: Die Aussetzung des Rechtsstreits darf nur erfolgen, wenn die Entscheidung von dem Bestehen des den Gegenstand eines anderen Verfahrens bildenden Rechtsverhältnisses abhängt, der Rechtsstreit also ohne vorgängige Feststellung jenes Rechtsverhältnisses nicht spruchreif ist.

2. OLG. Marienwerder, R. **04** 315: Ist ein Teilurteil ergangen, so kann bezüglich des nicht erledigten Teiles des Rechtsstreits das Verfahren nicht deshalb ausgesetzt werden, weil es für den erkennenden Richter von Interesse ist, abzuwarten, ob seine Rechtsansicht, welche für den noch nicht erledigten Teil des Rechtsstreits von entscheidender Bedeutung ist, von der höheren Instanz gebilligt werden wird.

3. **RG.** SeuffA. **58** 170, JW. **03** 148: Im Urkundenprozesse darf eine Aussetzung nur ausnahmsweise und nur unter besonderen Umständen erfolgen, weil sonst der Zweck des Gesetzes, der Klage auf Grund eines Schuldnachweises auch nur eine prozeßrechtliche Hilfe zu gewähren, leicht vereitelt werden könnte.

4. **RG. 54** 33 ff.: Wenn ein Verfahren nach dem Gewerbeunfallversicherungsgesetz anhängig ist oder anhängig gemacht werden soll, wird das Gericht in der Regel von der Aussetzungsbefugnis Gebrauch machen (36).

5. Keine Aussetzung erforderlich.

a) **RG.** JW. **03** 3: Die während eines Prozesses wegen Verletzung eines angemeldeten Patents erfolgende Verweigerung des Patents durch die Anmeldeabteilung nötigt nicht zur Aussetzung des Verfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Patentanmeldung.

b) **RG.** JW. **03** 23: Die Verwertbarkeit der Beweisergebnisse des einen Prozesses für den anderen bildet keinen Aussetzungsgrund.

§ 149. **RG.** JW. **04** 412: Die bloße Behauptung einer dem Gegner zur Last fallenden Straftat genügt nicht zur Anwendung des § 149, auch ist zur Glaubhaftmachung nicht hinreichend die Bezugnahme auf staatsanwaltschaftliche Akten.

§ 156. Über die Wiedereröffnung einer geschlossenen Verhandlung.

SächsOLG. **24** 469: Für die Frage, ob eine geschlossene Verhandlung wiederzueröffnen sei, ist lediglich das Ergebnis der Verhandlung maßgebend. Nur aus ihr selbst kann die Veranlassung zur Wiedereröffnung entnommen werden. Liegt eine solche Veranlassung nicht vor, so entfällt die durch § 156 ZPO. anerkannte Befugnis des Gerichts, die Wiedereröffnung der geschlossenen Verhandlung anzuordnen, die sich überhaupt in jedem Falle als ein von Amts wegen erfolgender Akt darstellt. Die erwähnte Beschränkung ergibt sich mit Notwendigkeit aus dem der ZPO. zugrunde liegenden Prinzipe der Mündlichkeit des Verfahrens. Die Parteien haben kein Recht, zur Nachholung eines versäumten Vorbringens oder gar zur Abänderung abgegebener Erklärungen die Wiedereröffnung der Verhandlung zu verlangen. Mit dem Schlusse der mündlichen Verhandlung erlischt das Recht der Parteien auf rechtliches Gehör, soweit der Prozeßstoff als Urteilsgrundlage in Frage kommt. Ein Recht der Parteien auf Wiedereröffnung läßt sich insbesondere nicht aus dem Umstande ableiten, daß die Parteien in einer nach § 156 ZPO. wiedereröffneten mündlichen Verhandlung bisher Versäumtes nachzuholen in der Lage sind.

§ 160. 1. Abs. 1. **RG.** JW. **03** 65 handelt über die Beweiskraft eines als Anlage zum Sitzungsprotokoll überreichten Schriftstücks gegenüber dem Urteilstatbestande.

2. Abs. 2 Nr. 1. Gerichtlicher Vergleich (s. bes. JDR. **1** Ziff. I und II zu § 160).

OLG. Dresden, SeuffA. **59** 172: Die Beurkundung des Vergleichs ist Prozeßhandlung, die den Prozeß erledigt. Der gleiche Erfolg läßt sich aber auch dadurch erreichen, daß die Parteien übereinstimmend zu Protokoll erklären, der Prozeß habe durch Vergleich sein Ende erlangt.

§ 161. **RG.** JW. **03** 151: Eine gemäß § 161 nicht protokollierte Zeugenaussage ist bei einer späteren Verhandlung vor einem anders besetzten Gericht als nicht vorhanden anzusehen. Eine Verlesung eines Tatbestandsentwurfes mit der darin festgelegten Aussage des Zeugen ist unzulässig, auch wenn die Parteien damit einverstanden sind; sie können auf Befolgung obigen Grundsatzes wirksam nicht verzichten (vgl. o. Ziff. 1 a § 128).

§ 163. 1. SächsOLG. **25** 79 ff.: Zeugenvernehmungsprotokolle können gültigerweise vom verhandelnden Richter unter Mitvollziehung des Gerichtsschreibers niedergeschrieben werden.

2. Über Protokollaufnahme SächsOLG. **25** 79: Die ZPO. enthält darüber, von welcher Gerichtsperson das über eine Vernehmungshandlung aufzunehmende Protokoll niederzuschreiben sei, keine Bestimmungen. Sie beschränkt sich auf das formale Erfordernis, daß das Protokoll von dem Richter und dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben sei, es im übrigen dem Ermessen des Gerichts anheimgebend, welche äußere Form dem Protokolle gegeben werden soll. Die Herstellung des Textes kann dem Gerichtsschreiber überlassen bleiben, und bei der bedeutsamen Stellung, die der heutige Zivilprozeß dem Gerichtsschreiber zuweist, ist es gewiß wünschenswert, daß dies in der Regel nicht geschieht. Allein, verboten ist es dem Richter schließlich nicht, die Protokollführung selbst in die Hand zu nehmen, sobald er dies im einzelnen Falle zur rascheren und besseren Erledigung des Geschäfts für zweckdienlich hält. Es erscheint daher von untergeordneter Bedeutung, wer das Protokoll niederschreibt.

§ 164. **RG.** JW. **04** 493: Unter die für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten gehört, wenn die anwesende Partei von dem ihr im § 137 Abs. 4 eingeräumten Rechte Gebrauch macht, die Angabe dieser Tatsache.

Zweiter Titel. Zustellungen.

I. Zustellungen auf Betreiben der Parteien.

§ 166. 1. *Meyer, BayrSekrZ. **03** 109: Zustellungen an Personen, die sich in Gefängnissen der bayr. Justizverwaltung befinden, können nur durch den Gerichtsvollzieher persönlich, nicht durch die Post erfolgen. Zustellungen an Personen in einer militärischen Strafanstalt, einem Arbeitshaus oder einer Staatserziehungsanstalt dürfen durch die Post bewirkt werden.

2. *Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 73: Der Gerichtsvollzieher wird bei der Zustellung nur als Beamter tätig, nicht als Parteimandatar. Daß er keinen Zwang zur Annahme des Schriftstücks ausüben kann, beruht darauf, daß dem Zwecke der Zustellung Genüge geschehen ist, wenn dem Empfänger Gelegenheit geboten worden ist, das Schriftstück in Empfang zu nehmen. (Vgl. unten zu § 753.)

§ 168. OLG. Marienwerder, PosMschr. **03** 79/80: Wenn sich der Gerichtsschreiber den qu. Amtshandlungen tatsächlich unterzieht, wird deren Gültigkeit dadurch nicht beeinträchtigt, daß sie außerhalb der Geschäftszeit und außerhalb des Geschäftsgebäudes vorgenommen werden. (Gaupp-Stein, Anm. III Abs. 2 zu § 207.) — Die Notfrist ist nicht versäumt, wenn der Rechtsmittelschriftsatz am letzten Fristtage erst nach 9 Uhr abends dem Gerichtsschreiber in seiner Wohnung übergeben wird.

§ 169. Abs. 2. **RG.** JW. **04** 66: Der Gerichtsvollzieher ist zu etwas mehr, als zur Bescheinigung des Zeitpunkts der Übergabe des zuzustellenden Schriftstücks nicht verpflichtet, insbesondere braucht er nicht Name und Wohnort des Rechtsanwalts, dem zuzustellen ist, aufzunehmen.

§ 170. I. *Meyer, R. **04** 74 ff.: Bei Zustellung des Kostenfestsetzungsbeschlusses ist die Kostenrechnung in einer vom Gerichtsschreiber beglaubigten Abschrift zuzustellen. So auch Angerstein, Z. f. mittl. Justizbeamte **03** 870. A. M. Wagner daselbst **04** 44.

II. Aus der Praxis.

a) OLG. **7** 276 (Karlsruhe): Wenn im Tenor des Urteils hinsichtlich des Gegenstandes der Verurteilung nicht auf einen zugestellten Parteischriftsatz, sondern auf ein gerichtliches Verzeichnis zahlreicher Außenstände, das als Anlage des Urteils demselben angeschlossen ist, Bezug genommen ist, so liegt eine ordnungsmäßige Zustellung nur dann vor, wenn zugleich mit dem Urteil auch beglaubigte Abschrift dieses gerichtlichen Verzeichnisses zugestellt wird, da sonst für den Zustellungsempfänger nicht mit Sicherheit erkennbar ist, welcher Inhalt dem gegen ihn ergangenen Urteile überhaupt zukommt.

b) OLG. **9** 92 (Stuttgart): Eine bestimmte Form der Beglaubigung ist nicht vorgeschrieben, es genügt, wenn sich auf der Abschrift ein Vermerk des Anwalts (Gerichtsvollziehers) befindet, der in formeller Weise die Übereinstimmung des Inhalts der Abschrift mit dem der Urschrift ausdrückt.

c) Über die Nichtübereinstimmung der Ladung in der beglaubigten Abschrift mit der Terminsbestimmung des Vorsitzenden vgl. **RG.** JW. **03** 383.

d) BayrObLG., SeuffA. **59** 35 ff.: Es genügt die Beglaubigung der zuzustellenden Abschrift eines Schriftsatzes durch Stempeldruck des die Zustellung betreibenden Anwalts.

§ 172. OLG. **6** 394 (KG.): Die Vorschrift enthält keine Zwangsvorschrift. Es ist nicht abzusehen, weshalb die unter Beobachtung aller Formalien erfolgte Übergabe der beglaubigten Abschrift an die dem aktiven Heere angehörige Partei selbst weniger wirkungsvoll sein soll, als die Übergabe an den Chef.

§ 173. OLG. **9** 93, SeuffA. **59** 242 (Marienwerder): Ist die Zustellung seitens der Post an einen, wenn auch nur stillschweigend oder mündlich zur Empfangnahme von Postsendungen Ermächtigten erfolgt, so kommt der Mangel der schriftlichen Vollmacht nicht in Betracht.

§ 176. 1. **RG.** JW. **03** 176: Der Rechtsstreit bleibt in der Instanz anhängig bis nach Zustellung des Urteils.

2. OLG. Zweibrücken, PfälzRpr. **1** 22: Bei Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten ist eine ungenaue Bezeichnung der vertretenen Partei in der Zustellungsurkunde jedenfalls dann unerheblich, wenn das Versehen durch Vergleichung des empfangenen Schriftstücks mit dem Zustellungsauftrage sofort zu erkennen ist.

3. AG. Schwetzingen, BadRpr. **03** 341: Die Verpflichtung, an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten zuzustellen, trifft die Partei regelmäßig nur für den Fall, daß ihr die Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten durch Vorlage der Vollmacht oder durch Mitteilung in einem Schriftsatze bekannt geworden ist; solange dies nicht geschehen, braucht die Partei die Bestellung eines Bevollmächtigten nicht zu beachten. — Eine Ausnahme muß für den Fall gemacht werden, daß die Bestellung des Prozeßbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung durch Vorlage einer Vollmacht nachgewiesen wird; hat der Gegner den Termin versäumt, so treffen ihn die Folgen der Versäumnis und er kann von dem anderen Teile nicht die nochmalige Mitteilung von der Bestellung verlangen.

4. BayObLG., SeuffA. **59** 253ff.: § 176 ist für Zustellungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht anwendbar. A. M. KG., JDR. **1** Ziff. 2.

§ 179. **RG.** JW. **03** 176, Gruchots Beitr. **48** 393: Ist der Berufungsbeklagte selbst ein beim Berufungsgerichte zugelassener Anwalt, so kann die Zustellung der Berufungsschrift an ihn ohne weiteres erfolgen. Ein Akt besonderer Bestellung ist dann nicht erforderlich.

§§ 180ff. Begriff des Wohnens.

OLG. Braunschweig, DJZ. **04** 872: Leben Mann und Frau, Eltern und Kinder in einer Wohnung zusammen, so ist dies die Wohnung eines jeden der beiden Ehegatten und eines jeden der zum Hausstande gehörenden Kinder.

§ 181. Abs. 1. 1. Zum Begriffe der erwachsenen Person äußert sich SächsOLG. **25** 371: Ob ein Hausgenosse erwachsen, d. h. ob seine körperliche Reife über die des Knaben-, bzw. Mädchenalters hinaus entwickelt ist, ist eine Tatfrage, über die zunächst der Gerichtsvollzieher zu befinden hat. Ein junger Mann von 15 Jahren kann sehr wohl diese körperliche Reife besitzen und deshalb zu den Erwachsenen im Sinne des § 181 zu rechnen sein.

2. KG., KGBl. **03** 77: Die Ersatzzustellung an eine in der Familie dienende erwachsene Person ist nicht auf das eigentliche Gesinde beschränkt, sondern kann auch an andere Personen erfolgen, die in der Hauswirtschaft Dienste leisten.

3. Ueber Rechtmäßigkeit einer Zustellung, welche bei Abwesenheit dessen, dem zugestellt werden soll, des Besitzers einer auch von ihm bewohnten fürstlichen Herrschaft, in dem auf dem Schloßhofe liegenden Verwaltungsgebäude an den Privatsekretär und Hofchef des Besitzers erfolgt, handelt **RG.** **54** 240, JW. **04** 176.

§ 183. Abs. 2. **RG.** JW. **03** 397: Zulässig ist die Zustellung des Urteils an den gemeinsamen Büreauvorsteher mehrerer, nebeneinander als Prozeßbevollmächtigte bestellter Anwälte.

§ 187. OLG. **7** 277 (Dresden): Wenn auch § 187 anscheinend nur davon spricht, daß die Zustellung einer Ladung als mit dem Zeitpunkte bewirkt anzu-

sehen ist, in dem die Partei nach ihrer Erklärung die Ladung erhielt, so kann nach Zweck und Ziel der Vorschrift kein Zweifel obwalten, daß unter Ladung das die Ladung enthaltende Schriftstück nach seinem gesamten Inhalte, z. B. die Klageschrift mit der ihr angefügten Ladung, zu verstehen ist, und daß sich die mit der nachmaligen Empfangnahme des Schriftstücks seitens der Partei verknüpfte Heilung der geschehenen Gesetzesverletzung nicht bloß auf die im Schriftstück enthaltene Ladung, sondern auf dessen gesamten Inhalt erstreckt.

§ 190. RG. JW. **03** 176: Bei Parteizustellungen ist die Übergabe einer Abschrift der Zustellungsurkunde an den Adressaten nicht wesentlich.

§§ 190, 191. RG. **51** 260: Der Gerichtsvollzieher hat zu prüfen, ob das Schriftstück, welches er dem Gegner zum Zwecke der Zustellung übergab, eine beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks ist.

§ 191. 1. Ziff. 2. RG. **52** 368: Die Zustellung eines Urteils, bei der vom Gerichtsvollzieher als Auftraggeber eine andere Person als die Partei oder ihr im Urteile benannter Prozeßbevollmächtigter angegeben wird, ist nicht geeignet, den Beginn des Laufes der Notfrist zu bewirken. (Vgl. auch OLG. Rostock, MecklZ. **22** 245.)

2. Ziff. 3. SächsOLG. **25** 371: Eine unrichtige Bezeichnung der zu ladenden Person (einer Firma) in der Zustellungsurkunde ist dann unschädlich, wenn die Unrichtigkeit bei dem Ladungsempfänger keinen Anlaß zu Zweifeln über den Adressaten hervorzurufen geeignet ist.

§ 193. *Scholz, Prozeßvertretung des Reichs-Post- und Telegraphenfiskus, Gruchots Beitr. **48** 561 Anm. 18: Die Post haftet nicht für den durch ungültige Zustellung entstandenen Schaden.

§ 194. Abs. 2. *Eisele, WürttZ. **16** 139ff.: Die Gültigkeit des Zustellungsakts ist durch Einhaltung dieser Vorschrift nicht bedingt (vgl. JDR. **1** zu § 194).

§§ 194, 195. OLG. **9** 93 (Marienwerder): Ist auch in den §§ 194, 195 als der Beamte, welcher die Zustellung durch die Post zu bewirken hat, der Postbote genannt, so findet sich doch weder in ihr, noch in der PostO. oder sonst eine Bestimmung, wonach lediglich der Postbote zustellen darf. Deshalb kann ein Verwalter einer Postagentur auch selbst die Zustellung bewirken (94).

§ 198. 1. *Jwand, DJZ. **04** 642: Die Zustellung „von Anwalt zu Anwalt findet auch im Grundbuchverkehr Anwendung.

Der Anwalt ist „Urkundsperson" im Sinne des § 29 GBO.

Die von ihm erteilte „Empfangsbescheinigung" steht einer „öffentlichen Urkunde" gleich.

Mit deren Vorlage ist dem GBA. gegenüber dem § 29 GBO. genügt.

Diese Zustellungsart wird besonders praktisch bei Anträgen des Anwalts auf Eintragung einer Zwangshypothek (§§ 866, 867 ZPO.). Die „öffentlichen Urkunden", auf Grund deren diese Eintragung zu erfolgen hat, sind:

a) Das in gehöriger Form ausgefertigte vollstreckbare Urteil.

b) Die vom zuständigen Beamten bescheinigte Rechtskraft.

Nicht zu prüfen ist vom BGA., ob die Voraussetzungen für die Erteilung der Vollstreckungsklausel und der Bescheinigung der Rechtskraft vorliegen.

Die Prozeßvollmacht ermächtigt den Anwalt auch zum Antrage auf Eintragung einer Zwangshypothek. (Nachweis s. oben Ziff. IV 1. zu § 81.)

2. Abs. 1:

OLG. **7** 278 (KG.): Gegenüber dem durch den Zustellungsakt betätigten Willen, die Zustellung von Anwalt zu Anwalt zu bewirken, ist die Einwendung, der zustellende Anwalt habe die Zustellung nicht vornehmen wollen, die Ab-

sendung des Urteils beruhe vielmehr auf einem in seinem Bureau vorgekommenen Versehen, unerheblich.

3. Abs. 2.

a) **RG.** SeuffA. **58** 472: Das Empfangsbekenntnis des Anwalts, das zugestellt wird, ist zwar ein wesentliches Erfordernis für die Wirksamkeit der Zustellung, seine Erteilung kann jedoch auch nachträglich erfolgen. Ist das Empfangsbekenntnis bei der Zustellung unterblieben, hat der Empfänger aber das Schriftstück angenommen, so kann aus einer nachträglichen von ihm ausgehenden Zustellung durch den Gerichtsvollzieher nicht geschlossen werden, daß er das Anerbieten der Gegenseite auf dem Wege von Anwalt zu Anwalt habe ablehnen wollen.

b) OLG. **7** 278 (KG.): Die Ausstellung des Empfangsbekenntnisses muß nicht der Empfangnahme unmittelbar folgen, sondern kann auch später erfolgen, nur muß die Tatsache der Verwirklichung des Zustellungsakts in der Zeugnisurkunde richtig angegeben sein.

c) KG., DJZ. **03** 274 ff.: Indem der zustellende Anwalt die Ausfertigung des Urteils mit einer von ihm eigenhändig unterschriebenen Bescheinigung, daß er das Urteil dem Prozeßbevollmächtigten des Gegners heute zugestellt habe, demselben zugehen läßt, gibt er deutlich zu erkennen, daß er die Zustellung von Anwalt zu Anwalt vornehmen will; diese Handlung enthält, soweit die Mitwirkung des Zustellenden erforderlich ist, bereits den Zustellungsakt selbst.

Daß die Ausstellung der Empfangsbescheinigung der Empfangnahme unmittelbar nachfolgt, ist nicht erforderlich.

d) OLG. Colmar, ElsLothrNotZ. **24** 76 ff.: Die von dem Anwalt erteilte Empfangsbescheinigung bei einer Zustellung von Anwalt zu Anwalt steht einer öffentlichen Urkunde gleich (78).

e) **RG.** JW. **04** 145: Für die Wirksamkeit des vom Stellvertreter ausgestellten Empfangsbekenntnisses bildet die Erwähnung der Vertretereigenschaft kein Erfordernis.

§ 203. OLG. Naumburg, NaumbAK. **04** 4: Die Bestimmung des § 203 findet auch im Falle der Beibehaltung des Wohnsitzes Anwendung, sofern die Partei von den Zustellungsorganen nicht anzutreffen und eine Ersatzzustellung nach §§ 181 ff. ZPO. nicht ausführbar ist.

§ 206. *Betzinger, BadRpr. **04** 292: Als Ort der gedachten fiktiven Behändigung bei öffentlicher Zustellung ist im Anschluß an § 206 Abs. 1 der Ausgabeort desjenigen Blattes anzusehen, in welchem die maßgebende letzte Einrückung erfolgte. Eine Analogie hierfür ist im § 175 zu finden, wo bei Aufgabe zur Post der Ort der Postanstalt als Behändigungsort gelten muß (vgl. § 175 Abs. 1 letzter Satz). Ohne diese Konstruktion bestände eine Lücke im Gesetze für amtsgerichtliche Einlassungsfrist bei öffentlicher Zustellung — da diese Frist je nach dem Orte der Zustellung abgestuft ist und eine subsidiäre Anwendung des § 262 gemäß § 495 vom Gesetzgeber wohl nicht beabsichtigt ist — und jedenfalls eine Lücke für amtsgerichtliche und landgerichtliche Einlassungsfristen bei öffentlicher Zustellung im Wechselprozeß, § 604 (subsidiäre Bestimmung höchstens für Ladungsfrist § 604 Abs. 2 a. E. gegeben).

§ 207. Abs. 2.

1. *Adam, JW. **03** 409: Die „Einreichung" des Notfristschriftsatzes ist erst dann erfolgt, wenn ein zur Empfangnahme von Schriftstücken für die Gerichtsschreiberei befugter Beamter den Schriftsatz entgegengenommen hat. Welche Beamten zur Empfangnahme befugt sind, ergibt sich aus der Organisation der Gerichte und Gerichtsschreibereien. In Preußen sind hierfür die Geschäftsordnungen für die Gerichtsschreibereien vom 26., 27. und 29. November 1899 maßgebend.

Der Vorsitzende des Gerichts, zum „Gerichtsschreiber" oder „Gerichtsschreibergehilfen" ernannte Bureaubeamte sind danach immer, die Referendare und die übrigen Bureaubeamten dagegen nur kraft besonderen Auftrags, Unterbeamte niemals empfangsberechtigt. Außerhalb der Dienst- oder Sprechstunden und seiner Amtsräumlichkeiten besteht eine Verpflichtung zur Entgegennahme nur im Falle besonderer Anordnung.

2. *Kuttner, BuschsZ. **32** 256—262: Die Nachfrist des § 207 Abs. 2 ist, trotzdem sie nicht ausdrücklich als solche bezeichnet wird (§ 223 Abs. 3), dennoch eine Notfrist. Denn sie ist lediglich als eine Erweiterung oder Verlängerung derjenigen Fristen aufzufassen, die im Gesetze bereits als Notfristen ausdrücklich bezeichnet sind; diese letzteren erfahren durch § 207 Abs. 2 nur eine Hinausschiebung ihrer ursprünglichen Maximalgrenze und behalten daher auch in ihrem verlängerten Teile ihren bisherigen Notfristcharakter bei. Die Nachfrist des § 207 Abs. 2 ist daher der Parteidisposition entzogen, ihre Einhaltung von Amts wegen zu prüfen usw.

3. Aus der Praxis.

a) OLG. Breslau, BuschsZ. **31** 519: Zur Wahrung der Frist ist erforderlich, daß eben der eingereichte Schriftsatz zugestellt werden mußte, es genügt nicht, daß ein neuer mit dem eingereichten Schriftsatze übereinstimmt.

b) KG., KGBl. **04** 18 ff.: Die Abgabe eines Schriftsatzes, durch dessen Zustellung eine Notfrist gewahrt werden soll, bei der gemeinschaftlichen Briefannahmestelle und dessen Entgegennahme durch einen dort beschäftigten Beamten stellt sich als „eine Einreichung bei dem Gerichtsschreiber" des Landgerichts I im Sinne des § 207 Abs. 2 dar (20) (vgl. OLG. Hamburg, JDR. **1** Ziff. 3 zu § 207).

c) **RG.** ElsLothrJZ. **29** 407: Für die Wahrung der Notfrist nach § 207 Abs. 2 ist die Übergabe an einen zur Entgegennahme des Schriftstücks befugten Beamten und dessen Annahme durch letzteren maßgebend, ohne daß es auf den Ort ankommen könnte, an welchem Übergabe und Annahme erfolgt.

d) OLG. **9** 98 (Marienwerder): Nicht durch die Einreichung, sondern nur durch die Zustellung des Wiedereinsetzungsgesuchs wird die zweiwöchige Frist gewahrt, denn dieselbe ist keine Notfrist.

II. Zustellungen von Amtswegen.

§ 208. *Meyer, BaySekrZ. **03** 107: Zustellungen an Personen, welche sich in Gefängnissen der bayr. Justizverwaltung befinden, dürfen nur bewirkt werden a) durch den Gerichtsdiener, b) den Gerichtsschreiber, und c) wenn der Adressat in einer Strafanstalt (Zuchthaus, Zellengefängnis) ist, durch Ersuchen der Direktion dieser Anstalt, nicht durch die Post. Befindet sich der Adressat in einem Arbeitshaus, einer Staatserziehungsanstalt oder milit. Strafanstalt, so darf durch die Post zugestellt werden. Unstatthaft ist, die Verwaltung des Arbeitshauses 2c. um Bewirkung der Zustellung zu ersuchen.

§ 211. OLG. **6** 394 (Stettin): Bei der Zustellung von Amts wegen ist die Übergabe eines Briefumschlags mit Zustellungsvermerk unbedingt erforderlich.

Dritter Titel. Ladungen, Termine und Fristen.

§ 214. 1. OLG. **9** 94 (Braunschweig): Wenn auch die richtige Terminsangabe, als notwendiger Bestandteil eines Ladungsschriftsatzes wie der Klage, Berufung 2c. vorgeschrieben ist und ihre Unrichtigkeit die Ladung unwirksam macht, so kann doch auf die Geltendmachung des Mangels selbst nach zunächst erfolgter Rüge verzichtet werden und zwar auch formlos.

2. Abs. 2. **RG. JW. 03** 383: Die Zustellung eines mit einer Terminsladung versehenen Schriftsatzes (Klage, Einspruch, Rechtsmittelschrift) ist ohne rechtliche Wirkung, wenn die auf der zugestellten Abschrift befindliche Terminsnote mit dem vom Vorsitzenden tatsächlich bestimmten Termin nicht übereinstimmt.

3. Über die Ladung zu dem Termine betreffs Abnahme eines Parteieids s. unten zu § 460.

§ 216. 1. OLG. **9** 95, 97 (Braunschweig): Eine neue richterliche Terminsbestimmung ist nicht erforderlich, wenn, nachdem die Ladung infolge irgend eines Umstandes unwirksam gewesen, eine zweite Ladung zu derselben Verhandlung rechtzeitig zugestellt wird.

2. Abs. 2. OLG. **7** 295 (Hamburg): Gegen die Terminsbestimmung des Vorsitzenden ist Beschwerde nicht zulässig.

§ 219. Abs. 1. **RG. 56** 357, JW. **04** 146: Erforderlich im Sinne der Vorschrift ist dasjenige, was das Gericht nach seinem pflichtgemäßen Ermessen zur Herbeiführung einer gerechten Entscheidung der Sache für nützlich hält. Das OLG. Celle, s. o. zu § 141, hat dem Worte „erforderlich" eine viel zu enge Bedeutung beigemessen.

§ 222. OLG. Königsberg, SeuffA. **58** 376: Keine Stundenfrist ist die Frist des § 798.

§ 223. Abs. 1. OLG. Stuttgart, SeuffA. **58** 332, DJZ. **03** 131: Diese Bestimmung gilt auch für die Einlassungsfrist.

§ 227. 1. Abs. 1. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 139: Die Wirkung der Terminsaufhebung ist nicht davon abhängig, daß das Gericht eine Anzeige von derselben erhält. Vertagt das Gericht, ohne von der Aufhebung Kenntnis zu haben, die Verhandlung auf einen anderen Termin, so ist das kein ordnungsmäßig bestimmter Termin, da dann ein Versäumnisurteil ergehen kann.

2. Abs. 2. **RG. 55** 99 ff., JW. **03** 289: Durch Abs. 2 ist eine Sonderbestimmung nur für den Fall getroffen, wo die beantragte Terminsverlegung die Verlängerung einer Frist in sich schließen würde. — Gegen die Ablehnung der beantragten Vorverlegung des Termins ist nach § 567 Abs. 1 Beschwerde gegeben.

Vierter Titel. Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 232. Abs. 2.

1. SächsOLG. **24** 281: Ein Verschulden des Vertreters liegt vor, wenn der beim Berufungsgericht zugelassene Anwalt am Tage vor Ablauf der Berufungsfrist eine Bestellung als Armenanwalt zugestellt erhält, und während des folgenden Tages die Berufung nicht einlegt; gleichgültig ist es, daß er noch nicht von der Partei selbst bevollmächtigt worden ist. Denn die Beiordnung als Armenanwalt ersetzt zwar nicht schlechthin die Prozeßvollmacht, da es der armen Partei unverwehrt ist, die Vertretung durch den ihr zugeordneten Anwalt abzulehnen; solange eine solche Ablehnung aber nicht erklärt ist, hat sich der Armenanwalt auf Grund der in dem Armenrechtsgesuche enthaltenen Bitte um Beiordnung eines Anwalts zum Zwecke der Einlegung der Berufung als von der armen Partei selbst mit dieser beauftragt zu betrachten, ohne einer weiteren Ermächtigung zu diesem Schritte zu bedürfen.

2. OLG. Dresden, BuschsZ. **32** 354: Versäumnis eines Armenanwalts, der weder schriftlich noch mündlich Vollmacht erhalten hat, ist nicht Versäumnis eines Vertreters, da er nur Geschäftsführer ohne Auftrag, aber nicht Vertreter ist.

§ 233. 1. Darüber, ob die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch zu gewähren ist, wenn ein unabwendbarer Zufall zwar bis zum Ablauf der

Notfrist bestanden hat, aber innerhalb der Nachfrist nach § 207 Abs. 2 ZPO. nicht mehr besteht, handelt Mattersdorff, DJZ. **04** 502: Die Vorschrift des § 233 Abs. 1 läßt mangels bestimmt erkennbaren Willens des Gesetzgebers eine extensive Interpretation nicht zu.

2. *Walsmann, Streitgen. Nebenintervention 204: Versäumt die Partei eine Notfrist, so kann der streitgenössische Nebenintervenient keine Wiedereinsetzung verlangen; denn die Befugnis dazu ist ein Recht der Partei und der streitgenössische Nebenintervenient ist weder Vertreter der Partei noch befugt, deren prozessuales Recht auszuüben. Anders bei dem gewöhnlichen Nebenintervenienten.

3. **RG.** JW. **03** 382: Hat ein Rechtsanwalt vor Erlaß des Urt. d. VZ. v. 22. 5. 01 mit Rücksicht auf die damals herrschende Rechtsprechung im Falle der Versäumung einer Frist wegen Nichtbeglaubigung der Terminsnote durch den Gerichtsvollzieher einen Wiedereinsetzungsantrag nicht gestellt, so ist darin kein Verschulden zu erblicken.

4. a) **RG.** R. **04** 47: Auf die Wiedereinsetzung wegen unabwendbaren Zufalls hat die Partei nur Anspruch, wenn sie bei Anwendung äußerster Sorgfalt außerstande gewesen ist, die Fristversäumnis zu vermeiden (vgl. JDR. **1** Ziff. 1 b).

b) **RG.** DJZ. **04** 649: Hat mangelnde Sorgfalt des Wiedereinzusetzenden zur Versäumung der Frist beigetragen, so liegt kein unabwendbarer Zufall vor.

5. Unabwendbarkeit des Zufalls (JDR. **1** Ziff. 1).

a) OLG Köln, R. **04** 531: Ist die Nichteinhaltung der Berufungsfrist nur dadurch verursacht worden, daß der die öffentliche Zustellung bewilligende Beschluß nicht zugestellt und dadurch erst nach Ablauf der Berufungsfrist zur Kenntnis der Partei oder ihres Prozeßbevollmächtigten gelangt ist, so stellt sich dieses Hindernis als ein unabwendbarer Zufall im Sinne des Abs. 1 dar.

b) OLG. Karlsruhe, HessRpr. **5** 102: Unabwendbarer Zufall, wenn infolge Versehens des Gerichtsvollziehers bei der Zustellung die gesetzliche Notfrist des Einspruchs nicht eingehalten werden kann. Vgl. über Fristversäumnis durch Schuld des Gerichtsvollziehers auch **RG.** JW. **03** 382.

c) Unabwendbaren Zufall definiert OLG. Frankfurt, FrankfRundsch. **37** 84 in Übereinstimmung mit **RG. 48** 411.

6. Über rechtzeitige Einreichung von Armenrechtsgesuchen behufs Einlegung eines Rechtsmittels (vgl. bes. JDR. **1** Ziff. 5).

SächsOLG. **24** 278: Dem Gesuche um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumnis der Berufungsfrist ist nicht stattzugeben, wenn die Versäumnis darauf beruht, daß der Antragsteller zu spät, nämlich 2 Tage vor Ablauf der Berufungsfrist um Erteilung des Armenrechts gebeten hat. Die ZPO. heischt von den Parteien die Betätigung einer gewissen Sorgfalt für Offenhaltung der zur Rechtsmitteleinlegung notwendigen Zeit. Was zur Wahrung der Frist getan werden muß, darf nicht bis zur letzten Stunde verschoben werden. Die Partei kann wenigstens nicht verlangen, daß die Organe des Gerichts, bloß um ihrer Saumsal zu Hilfe zu kommen, ein außergewöhnliches Maß von Tätigkeit aufwenden, und sie kann nicht erwarten, daß ihr zuliebe andere geschäftliche Obliegenheiten des Gerichts beiseite gesetzt werden. Sie hat mit einem regelmäßigen Geschäftsgange zu rechnen und muß ihr Gesuch dementsprechend so einrichten, daß darüber im ordnungsmäßigen Gange der Amtsgeschäfte noch vor Ablauf der Notfrist entschieden werden kann.

RG. JW. **04** 238 hat in einem Falle, wo der Kläger die Berufungsfrist versäumt hat, weil ihm das Armenrecht für die Berufungsinstanz verweigert

worden ist, unabwendbaren Zufall angenommen, indem auch die rechtzeitige Beschwerde keine Abhilfe gebracht hätte.

Ebenso OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 53.

7. SächsOLG. **25** 471: Nach dem von der ZPO. angenommenen Grundsatze der Repräsentation der Partei durch ihren Anwalt (§ 85) müssen die sich aus § 233 Nr. 1 ergebenden Voraussetzungen der Wiedereinsetzung für den Anwalt in gleicher Weise zutreffen wie für die Partei selbst.

8. Über § 233 ZPO. im Vergleich zu § 22 Abs. 2 FrGG. handelt KG., KGJ. **25** A 8ff.

§ 234. 1. OLG. **9** 98 (Marienwerder): Die Wiedereinsetzungsfrist wird nicht durch Einreichung der mit dem Wiedereinsetzungsgesuche verbundenen Berufungsschrift beim Gerichtsschreiber gewahrt (vgl. oben Ziff. 3 d zu § 207).

2. Abs. 2. SächsOLG. **24** 471, OLG. **6** 395 (Dresden): Die im § 234 Abs. 2 gebrauchte Wendung „die Frist beginnt mit dem Tage" fällt nicht unter die Ausnahmebestimmungen des § 187 Abs. 2 BGB. Es muß mithin davon ausgegangen werden, daß, wie bisher hinsichtlich des § 212, angenommen wurde, bei der Wiedereinsetzungsfrist des § 234 der Tag, an dem das Hindernis gehoben wird, nicht einzurechnen ist.

§ 235. 1. OLG. Breslau, Buschs Z. **31** 519: Die Wiedereinsetzung in die vorige Stellung ist statthaft, wenn eine Partei 3 Tage vor Ablauf der Berufungsfrist die Berufungsschrift bei Gericht eingereicht hat, diese aber dort spurlos verschwunden ist, so daß eine Zustellung innerhalb einer zweiwöchigen Frist nicht hat erfolgen können.

2. OLG. **9** 95 ff. (Frankfurt): § 235 ist nicht so auszulegen, daß er nur für einen einmaligen Zustellungsauftrag Bedeutung habe, der allerdings mit der tatsächlich vollendeten, wenn auch rechtlich unwirksamen Zustellung beendet sein würde. Nur darauf kommt es an, ob die Partei mit der Übergabe der Schriftstücke an den Gerichtsschreiber ihrerseits alles getan hat, was zur Wahrung der Notfrist erforderlich war (97).

3. **RG.** JW. **04** 412, JustizdRdsch. **04** 180: Abs. 1 setzt voraus, daß die Partei mit der Übergabe des zuzustellenden Schriftstücks an den Gerichtsschreiber alles getan hat, was sie zu tun hat, um die rechtzeitige Zustellung in der Notfrist zu ermöglichen und daß kein Verschulden von ihrer Seite dazwischen tritt.

4. Über Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei verloren gegangener Berufungsschrift handelt OLG. Breslau, Buschs Z. **31** 519.

§ 236. I. Abs. 2. 1. OLG. Rostock, DJZ. **03** 59: Die von Reincke, ZPO. (4) 263 zu IIa und Gaupp-Stein § 263, 562 vertretene Ansicht, daß die zur Zeit der Klagzustellung nicht vorhandene Zuständigkeit des Gerichts nachträglich durch Veränderung des Wohnsitzes des Beklagten nicht begründet werden könne, kann nicht gebilligt werden.

2. OLG. Frankfurt, R. **04** 79: Der Wiedereinsetzungsantrag muß aus einem dem Protokoll als Anlage beizufügenden Schriftsatze verlesen werden. Diese Vorschrift ist zwingender Natur; Heilung ihrer Verletzung nach § 295 nicht zulässig.

II. Abs. 3.

a) **RG.** JW. **04** 388, SächsA. **14** 627: Unter dem für die mündliche Verhandlung bestimmten Termin, in welchem der Antrag auf Wiedereinsetzung gestellt werden kann, ist nur der erste, nicht auch jeder spätere Termin zu verstehen.

b) OLG. Frankfurt, R. **04** 79: Die Frist des Abs. 3 ist versäumt, wenn der Berufungskläger den Wiedereinsetzungsantrag in dem Termine, zu dem er

innerhalb der gesetzlichen Frist ordnungsmäßig geladen hatte, nicht gestellt hat, vielmehr überhaupt nicht erschienen ist.

c) **RG.** Puchelts Z. **35** 22 ff.: Für die Anwendung des Abs. 3 ist es gleichgültig, ob eine Zustellung innerhalb der Berufungsfrist gar nicht erfolgt, oder wegen Nichtbeachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Formen nichtig, daher als nicht geschehen zu betrachten ist.

Fünfter Titel. Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.

§ 239. 1. **RG. 54** 94, JW. **03** 177, ElsLothrJZ. **29** 209 ff., Puchelts Z. **34** 277: Bei der Lebensversicherung und der Unfallversicherung auf den Todesfall kann in den von dem Versicherungsnehmer geführten Prozeß über das Bestehen des Versicherungsvertrags im Falle des Todes des Versicherungsnehmers nicht der Dritte, zu dessen Gunsten die Versicherung geschlossen ist, eintreten, sondern nur die Rechtsnachfolger (Erben) des Versicherungsnehmers.

Rechtsnachfolger kann auch der Singularnachfolger sein; doch es muß sich um ein und dasselbe Recht handeln.

2. OLG. **7** 278 (Kiel): Die ZPO. enthält keinerlei Vorschriften, daß der Prozeß nur für und gegen alle Rechtsnachfolger aufgenommen werden könne. Ein Grund, warum nicht jeder einzelne Rechtsnachfolger zur Aufnahme an Stelle des verstorbenen Rechtsverfolgers verpflichtet und berechtigt sein soll, ist nicht abzusehen. Nur aus dem materiellen Rechte kann der zur Aufnahme geladene Erbe, seine Sachlegitimation bestreitend, die Einrede der mehreren Streitgenossen erheben. Im BGB. besteht aber keine Bestimmung, nach welcher nur alle Erben gemeinschaftlich verklagt werden können.

3. OLG. **7** 75 (Kiel): Die Aufnahme eines Rechtsstreits durch die Erben gemäß des § 239 setzt voraus, daß auf sie der rechtshängige Anspruch kraft Gesamtnachfolge übergegangen ist. Das Recht des Ehemanns auf Anfechtung der Ehelichkeit steht allein dem Ehemanne zu; es geht auf die Erben nicht über. Der Rechtsstreit ist daher gemäß §§ 628, 641 als erledigt anzusehen.

4. *Walsmann, Streitgen. Nebenintervention 204 ff.: Tod des streitigen Nebenintervenienten unterbricht den gesamten Prozeß; es sei denn, daß in der Person des Erben die Voraussetzungen des § 69 nicht mehr vorliegen.

5. Über die Aussetzung des Verfahrens beim Tode der Partei vor der Einlegung eines Rechtsmittels handelt **RG. 58** 202, JW. **04** 413. Wenn die wörtliche Ausführung der Vorschrift des § 239 nicht ausführbar ist, muß das Verfahren eingeschlagen werden, das sich seiner Vorschrift am meisten nähert (auch PosMschr. **04** 114).

§§ 239 ff. **RG. 56** 331, JW. **04** 119, SeuffA. **59** 472: Dem Tode einer physischen Person sind im Sinne der §§ 239, 246 die Fälle der Auflösung einer juristischen Person jedenfalls dann gleichzustellen, wenn diese Auflösung eine Universalsukzession zur Folge hat. (Ebenso Petersen, Gaupp-Stein, Seuffert, Reincke; vgl. auch Hellwig, JDR. **1** Ziff. 1 zu § 239.)

§ 240. 1. **RG.** JW. **03** 4: Der vom Konkursverwalter — nicht als Vertreter, sondern als amtlichem Organ — geführte Prozeß geht mit Aufhebung des Konkursverfahrens ohne weiteres auf den bisherigen Gemeinschuldner über.

2. OLG. **6** 396 (Dresden): Sieht der Konkursverwalter davon ab, gegen das die Klage des Kridars abweisende Urteil Berufung einzulegen, mit anderen Worten, verzichtet er darauf, das eingeklagte Recht weiter für die Masse zu beanspruchen, so steht dem Gemeinschuldner die ihm durch den Konkurs entzogene Befugnis, hierüber zu verfügen, von neuem wieder zu.

OLG. **6** 368 (KG.): Mit der Aufhebung des Konkurses scheidet der Konkursverwalter aus seiner bisherigen Parteistellung aus.

3. **RG. 54** 120, JW. **03** 153: Der Aufnahmestreit mit dem Konkursverwalter, welcher den Einwand erhebt, daß ein Prozeß für den Gemeinschuldner überhaupt nicht anhängig geworden sei, ist ein Zwischenstreit unter den Parteien. Das in diesem Streite ergehende Zwischenurteil ist nicht mit der Beschwerde, sondern nur mit dem Endurteil anfechtbar.

§ 241. OLG. **6** 145, SeuffA. **58** 45 (Dresden): Allerdings gilt die Zwangsvollstreckung nicht als Verfahren im Sinne des § 241. Immerhin ist aber der Wechsel in der Person des gesetzlichen Vertreters einer juristischen Person im Offenbarungseidsverfahren in seiner reinen Tatbestandswirkung zu beachten. Mit dem Aufhören der Vertretungsmacht ist dem früheren gesetzlichen Vertreter die tatsächliche Möglichkeit genommen, das Vermögen der juristischen Person zu offenbaren und es besteht daher von diesem Zeitpunkt an auch keine Verpflichtung zur Offenbarung.

§ 242. OLG. **6** 363 (Dresden): Über die Unzulässigkeit der Aufnahme des Rechtsstreits durch den Konkursverwalter ist durch Endurteil zu entscheiden. Dieses Urteil beendet den Rechtsstreit zwar nicht gegenüber dem beklagten Gemeinschuldner — insoweit bleibt er anhängig —, aber gegenüber dem Verwalter, indem es nämlich die in Anspruch genommene Parteirolle des Verwalters und somit auch seine Rechtsverteidigung gegen den Klaganspruch ausscheidet. Die Rechtslage ist die gleiche, wie bei der Zurückweisung eines angeblichen Rechtsnachfolgers oder eines Dritten, der den Rechtsstreit aufnehmen will, in den Fällen von § 239 oder § 266, die durch Endurteil ausgesprochen wird. Zwar hat das **RG. 11** 339, 358; **32** 430 die Beschwerde gegen Beschlüsse zugelassen, welche in ähnlich liegenden Fällen ergangen waren; aber es hat dadurch nicht gebilligt, daß die Entscheidung durch Beschlüsse getroffen war.

§ 244. OLG. **7** 285 (Posen): Die Vorschrift bezieht sich auch auf das Kostenfestsetzungsverfahren.

§ 246. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **28** 116 ff.: Eine Unterbrechung des Verfahrens tritt nicht ein, wenn zur Zeit des Todes einer Prozeßpartei dieselbe bereits einen Prozeßbevollmächtigten bestellt hat.

§ 249. Abs. 3. OLG. Königsberg, PosMschr. **04** 27: Wenn das Verfahren durch den zwischen Verkündung und Zustellung des Urteils erfolgten Fortfall des Prozeßbevollmächtigten der einen Partei unterbrochen worden ist, so ist die während der Unterbrechung von Amts wegen geschehene Zustellung des Urteils wirksam. (Dies wird des näheren aus Abs. 3 gefolgert.)

§ 250. **RG. 52** 347: Die Aufnahme eines unterbrochenen Verfahrens durch Zustellung eines Schriftsatzes kann auch durch Erklärung in einer mündlichen Verhandlung rechtswirksam erfolgen; da die schriftliche Zustellung nach einmal in mündlicher Verhandlung erklärter Aufnahme entbehrlich erscheint.

Zweites Buch. Verfahren in erster Instanz.

Erster Abschnitt. Verfahren vor den Landgerichten.

Erster Titel. Verfahren bis zum Urteil.

Vorbemerkung: In dem ersten Titel sind zahlreiche wichtige Fragen des Prozeßrechts geregelt, die auch hier eine entsprechende Berücksichtigung gefunden haben, es sei nur hingewiesen auf das Kapitel Feststellungsklage, prozeßhindernde Einreden, Klagänderung.

Von den neuen durch die Novelle eingeführten Bestimmungen haben besonders die §§ 254, 259 eine maßgebende, dem Verkehrsbedürfnis entsprechende Auslegung durch das RG. erfahren, auch der Begriff des rechtlichen Interesses im § 256 gibt immer wieder zu neuen Entscheidungen des höchsten Gerichtshofs Veranlassung. — Zu § 260 sei besonders

auf die Ausführungen **Stölzels** hingewiesen. — Zahlreiche Entscheidungen finden sich auch zum § 268, der besonders häufig zu Aufhebungen seitens des RG. führt.

§ 253. 1. Schloßmann, IheringsJ. **45** 97ff.: Eine Verpflichtung zur Herbeiführung eines Rechtserfolges ist nicht möglich; deshalb sind auch auf solche sich richtende Anträge und Urteile inkorrekt und ihre Durchführung im Wege der Zwangsvollstreckung trotz aller gesetzlichen Bestimmungen nicht zu billigen. Jene Bestimmungen sind ungenau gefaßt und können jedenfalls nicht in dem Sinne, der sonst den eine Verpflichtung zu einem Handeln setzenden und Verurteilung zu einem Handeln und einen Vollstreckungszwang für sie zulassenden Rechtsnormen zukommt, gedeutet werden. Überall, wo das materielle Recht jemandem die Verpflichtung zur Herbeiführung eines Rechtserfolges (Verschaffung eines Rechtes, Beseitigung einer Last ꝛc.) auferlegt, kann Zwangsvollstreckung, Urteil und Klagantrag sich allein auf Herstellung derjenigen Tatbestandsmomente, deren Herbeiführung durch Handlungen des Schuldners möglich ist, bezogen werden, und sie allein stellt die geschuldete Leistung dar. Daraus ergibt sich auch, worauf in den Fällen, wo jemandem der Anspruch auf Übertragung des Eigentums von einer Sache oder auf Bestellung eines Rechtes an einer Sache zusteht, der Klagantrag und die ihm entsprechende Verurteilung und die Zwangsvollstreckung.

2. a) **RG.** JW. **03** 385: Die dem Beklagten zugestellte und mit einer formell beglaubigten Terminsnote versehene Klageschrift ist ohne rechtliche Wirkung, wenn die auf der zugestellten Abschrift befindliche Terminsnote mit dem tatsächlich vom Vorsitzenden anberaumten Termine nicht übereinstimmt.

b) OL. Frankfurt a./M., R. **03** 82: Wenn die dem Gegner übergebene Ladung zwar die Mitteilung eines bestimmten Termins enthält, die Terminsbezeichnung aber unrichtig ist, so liegt eine ordnungsmäßige Ladung nicht vor.

c) OLG. Frankfurt, R. **03** 21: Den Mangel eines notwendigen Bestandteils der Klageschrift kann der Kläger ohne Zustimmung des Beklagten nicht durch nachträgliche Zustellung eines diese Bestandteile nachliefernden Schriftsatzes heilen. (Vgl. auch **Seuffert** Note 5, **Gaupp-Stein** IV (2) 525, **Petersen-Anger** Note 15, **Planck** II 215, **Struckmann-Koch** Note 8, und **Wilmowski-Levy** Anm. 2.)

d) OLG. Frankfurt a./M., R. **03** 20: Die Klageschrift muß von dem Gerichte vor jeder weiteren Verhandlung, auch vor derjenigen über die prozeßhindernde Einrede der mangelnden Parteifähigkeit auf ihre Ordnungsmäßigkeit geprüft werden.

3. Nr. 1 (vgl. auch u. Ziff. I 1 zu § 268). a) OLG. Königsberg, SeuffA. **58** 38: Hat der Kläger nach der Klagschrift die Klage gegen einen Kaufmann gerichtet, so kann in der mündlichen Verhandlung dies dahin berichtigt werden, daß die Klage gegen die gleichnamige Firma gerichtet sein soll.

OLG. Dresden, DJZ. **03** 84: Durch Nennung der richtigen **Firma** in der Klageschrift ist trotz Irrtums in der Bezeichnung der Gesellschaftsform der Vorschrift des § 253 ZPO. Genüge geleistet.

b) OLG. Frankfurt a./M., R. **03** 20: Wenn die Mitglieder einer Gesellschaft als Partei erscheinen sollen, müssen bestimmte Personen in der Klageschrift genannt werden.

4. Nr. 2. **Antrag.**

a) **Schloßmann**, Iherings J. **45** 83, sagt über die Behandlung des Vorvertrags im Prozesse: Klagantrag kann aus einem sogenannten Vorvertrag nicht auf Abschluß des betreffenden Vertrags gestellt werden. Er kann nur (beim Darlehnsvorvertrag) auf Zahlung der Geldsumme, oder (beim Leihvertrag) auf Herausgabe der Sachen gerichtet werden.

b) Über das Erfordernis der Bestimmtheit des Klagantrags gegen einen dem Erbauseinandersetzungsplane Widersprechenden vgl. OLG. **6** 397 (Colmar).

§ 254. 1. **RG. 53** 254: Die Klage auf Rechnungslegung im Sinne des § 254 ist überall da gegeben, wo auf Erfüllung der durch Gesetz oder Vertrag begründeten Verpflichtung, die beantragte Auskunft über die den Anspruch des Klägers gegen den Beklagten begründenden Tatsachen in sachdienlicher Weise zu erteilen, geklagt wird. Die Art und die Form der Erfüllung der Rechnungs- bzw. Auskunftspflicht ist für die Anwendbarkeit des § 254 ohne Bedeutung (255).

2. Begriff der Rechnungslegung.

RG., III. 9. 1. 03, **53** 252 ff.: Je nachdem Anlaß und Zweck der Prozeßvorschrift es erfordern, muß als Rechnungslegung jede Leistung gelten, welche dem Sprachgebrauche nach als solche noch zu bezeichnen ist, mithin jede Auskunftserteilung, die auf entsprechender, durch Gesetz oder durch Vertrag begründeter Rechtspflicht beruhend, in verständlicher, der Nachprüfung zugänglicher Kundgebung der Tatsachen besteht, nach denen sich die Ansprüche des Empfängers der Kundgebung gegen den Kundgeber bemessen (254).

3. **RG. 56** 44 ff., JW. **04** 67: Der Kläger aus § 254 hat sich keineswegs auf das zu beschränken, was die vom Beklagten gelegte Rechnung für ihn ergibt, sondern er kann im Laufe des Rechtsstreits alles beanspruchen, „was er nach seiner Meinung aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse" zu fordern hat. Hierbei ist es nicht ausgeschlossen, daß er nach der Rechnungslegung des Beklagten seinerseits eine neue Rechnung, deren richtige Grundlage er zu beweisen hat, zur gehörigen Begründung seiner Forderung aufstellt.

4. **RG. 56** 116 ff., JW. **03** 432: Klage auf Herausgabe ist, da der Paragraph allgemein vom Vorbehalt der Leistungen redet, in einem weiteren Sinne zu verstehen. Es fällt daher die Klage auf Teillöschung darunter.

5. **RG. 56** 116 ff., JW. **03** 432: Auf das Verfahren finden die §§ 304, 538 Nr. 3 keine entsprechende Anwendung. Das Berufungsgericht darf daher nicht mit dem Urteil über den Anspruch auf Rechnungslegung zugleich die Vorabentscheidung über den Grund verbinden und alsdann die Entscheidung dem Gericht erster Instanz überweisen.

§ 255. RG. 59 266: Die Bestimmung setzt voraus, daß der Gläubiger nach dem maßgebenden materiellen Gesetze für den Fall, daß der Schuldner nicht vor dem Ablauf einer ihm zu bestimmenden Frist den erhobenen Anspruch befriedigt, das Recht hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder die Aufhebung eines Vertrags herbeizuführen (vgl. auch Gaupp-Stein, ZPO. (4) § 255 Bem. IV).

§§ 256 ff. Rechtliche Natur der Feststellungsklagen (vgl. bes. IDR. **1** Ziff. I—III zu § 256).

1. *Hölder, AzivPr. **93** 31 ff.: Im Gegensatze zur Geltendmachung des Rechtes auf nunmehrige Leistung bezweckt die Geltendmachung des Rechtes auf künftige Leistung nicht den nunmehrigen Eintritt, sondern nur die Sicherstellung des späteren Eintritts eines bestimmten Erfolges. Der Berechtigte verlangt damit eine Verurteilung des Beklagten zu künftiger Leistung, falls das Recht die Möglichkeit einer solchen Verurteilung kennt. Das römische Recht kannte sie nicht und es fehlt nicht an Bedenken gegen ihre Zulassung. Unser Recht kennt aber eine solche Verurteilung in Fällen der §§ 257—259.

2. *Moos, Klage auf künftige Leistung 27 ff.: Das Unterscheidungsmerkmal zwischen Feststellungs- und Leistungsklagen liegt zwar nicht allein in der Vollstreckbarkeit des Urteils, da auch Urteile auf Leistungsklagen nicht notwendig

die Vollstreckung zulassen (ZPO. § 888 Abs. 2), doch muß das Urteil in den Fällen der §§ 257—259 ZPO. das Leistungsgebot an den Verpflichteten enthalten, während das Ziel der Feststellungsklage lediglich die Erlangung einer der Rechtskraft fähigen Entscheidung über Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses bildet. (Ebenso Gaupp=Stein und Hellwig, a. M. R. Schmidt 27.) „Rechtliches Interesse" i. S. des § 256 ZPO. ist regelmäßig einem dem Anspruche des Berechtigten widersprechenden Verhalten des Verpflichteten zu entnehmen, ebenso aber auch die im § 259 ZPO. vorausgesetzte Besorgnis, daß der Schuldner der rechtzeitigen Leistung sich entziehen werde.

3. *Hölder, AzivPr. **93** 26 ff.: Feststellungsklagen sind solche Klagen, die nicht die nunmehrige Änderung eines zur Zeit bestehenden Zustandes verlangen. Sie heißen nicht so, weil sie im Gegensatze zu anderen Klagen eine Feststellung verlangen, was nicht der Fall ist, sondern weil sie sich im Gegensatze zu anderen Klagen auf das Verlangen einer Feststellung beschränken. Im Gegensatze zu den Bewirkungsklagen sind die Feststellungsklagen bloße Sicherungsklagen. Von den zwei dem privatrechtlichen Anspruch eigenen Momenten, daß der Berechtigte dem anderen gegenüber auf die gegenwärtige Existenz eines Zustandes ein Recht habe, und daß der Zustand zur Zeit nicht existiert, fehlt hier eins. Der Zustand kann ein solcher sein, auf dessen Existenz der Berechtigte dem anderen gegenüber erst für spätere Zeit ein Recht habe. Und er kann ein solcher sein, auf dessen Existenz der Berechtigte schon für die Gegenwart ein Recht habe, der aber zur Zeit existiert. In beiden Fällen besteht für den Gläubiger ein Mangel nur durch die Gefahr, der Zustand möchte entweder als ein zur Zeit bestehender später aufhören oder als ein solcher, auf den er für eine spätere Zeit ein Recht habe, zu dieser Zeit nicht eintreten. Jene Gefahr berechtigt den Berechtigten zur Belangung des anderen als eine durch ihn drohende. Ihm gegenüber begehrt er durch seine Belangung die Feststellung des bestimmten Verhältnisses. Ihm gegenüber muß, damit seine Belangung berechtigt sei, das Interesse an alsbaldiger Feststellung bestehen. Nur ihm und seinen etwaigen Rechtsnachfolgern gegenüber beseitigt die Feststellung durch die ihr zukommende Geltung die ihm gegenüber geltend gemachte Gefahr. Daß die Gefahr durch ihn droht, kann auf irgendeinem in seiner Person zutreffenden Umstande beruhen. Daß dazu regelmäßig eine Bestreitung des Rechtsverhältnisses erforderlich sei und genüge, trifft nicht zu (a. M. Seuffert zu § 256).

4. *Gieskr, Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre 182: Die Feststellungsklage kann sich auch auf Individualrechte beziehen; so z. B. auf das Recht an der eigenen Geheimsphäre.

§ 256. I. Verhältnis der Feststellungs= zur Leistungsklage.

1. **RG.** JW. **03** 384: Die Zulässigkeit einer Feststellungsklage wird grundsätzlich dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Kläger zur Zeit ihrer Erhebung auch einen Anspruch auf eine entsprechende Leistung geltend machen kann (vgl. OLG. Hamburg, SeuffA. **59** 418). Die Regel, daß, wenn eine Leistungsklage gegeben ist, eine entsprechende Feststellungsklage nicht zulässig ist, gilt nicht unbedingt und ausnahmslos. Es kommt vielmehr darauf an, ob besondere Umstände vorliegen, die ein rechtliches Interesse daran begründen, daß das betreffende Rechtsverhältnis alsbald gerichtlich festgestellt werde.

Die Klage auf Feststellung eines Erbrechts ist neben der Erbteilungsklage zulässig. Es ist für Erbschaftssachen zweckmäßig, dann, wenn von Anfang an die Erbberechtigung eines Erbprätendenten streitig ist, diesen Streit im voraus, vor Erhebung der eigentlichen Teilungsklage, durch eine besondere Feststellungs=

klage zu erledigen, da es sich hierbei um eine Voraussetzung für eine Beteiligung des Erbprätendenten an dem Teilungsverfahren handelt.

2. **RG.** JW. **03** 63: Zulässigkeit der Feststellungsklage aus besonderen Gründen trotz möglicher Leistungsklage. (Vgl. dagegen **RG.** JDR. **1** Ziff. IV 5.)

3. Über den Gegenstand des Feststellungsanspruchs und dessen Verhältnis zu anderen Ansprüchen vgl. *Hölder, AzivPr. **93** 45 ff.

II. Begriff des rechtlichen Interesses. (Vgl. **RG.** JDR. **1** Ziff. IV 2.)

1. Allgemeines.

a) **RG.** JW. **04** 388: Unter dem Ausdrucke „rechtliches Interesse" ist jedes Interesse zu verstehen, das sich in irgendeiner Weise auf die Rechtsverhältnisse des Feststellungsklägers bezieht; das Feststellungsurteil ist auch zur Regelung von künftigen Möglichkeiten bestimmt; Feststellungsklage zulässig, wenn das Interesse auch nur darin besteht, Prozesse abzuschneiden, die Prozeßführung zu vereinfachen event. Kosten zu ersparen (389) (vgl. JW. **03** 271).

b) **RG.** 30. 3. 04, Gruchots Beitr. **48** 1099: Auch das rein ökonomische Interesse, zu wissen, woran man in Ansehung eines gewissen Rechtsverhältnisses ist, um sein Verhalten danach einrichten zu können, stellt sich als rechtliches Interesse im Sinne des § 256 dar.

c) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 49: Für die Frage, ob ein Interesse vorhanden ist, ist die Zeit der Klagerhebung maßgebend.

d) OLG. Frankfurt a. M., R. **03** 82: Das Interesse des Klägers an der Feststellung, dessen er sich berühmt hat, gegen ihn nicht zustehe, wird nicht dadurch aufgehoben, daß ein solcher Anspruch in Wahrheit rechtlich nicht begründet ist. (Vgl. dagegen JDR. **1** Ziff. IV 7.)

2. Einzelheiten.

a) OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 6 ff.: Der Konkursverwalter hat kein rechtliches Interesse an der Feststellung, daß eine zur Tabelle angemeldete, von ihm bestrittene Forderung nicht zu Recht besteht. Ein solches Interesse hat auch nicht der absonderungsberechtigte Gläubiger auf Feststellung seines Absonderungsrechts.

b) BayObLG. **5** 8 ff.: Durch die im Rechtsstreit abgegebene Erklärung des Beklagten, daß er den Behauptungen des Klägers nicht weiter entgegentrete, wird die Feststellungsklage nicht erledigt, wenn trotz der Erklärung die Gefährdung des Rechtes des Klägers fortbesteht.

c) OLG. Karlsruhe, R. **03** 45: Das rechtliche Interesse an der Feststellung eines Schadensersatzanspruchs kann nicht aus dem Grunde verneint werden, weil dem Kläger das Verfahren zur Sicherung des Beweises offen stehe.

III. Rechtsverhältnis.

1. *Hölder, AzivPr. **93** 46: Ein Rechtsverhältnis ist jedes Verhältnis von rechtlicher Bedeutung. Ein Rechtsverhältnis ist auch die Verwandtschaft

2. *Hölder, Iherings J. **46** 277: Die Frage nach der Echtheit einer Urkunde ist eine Rechtsfrage, nicht, wie die herrschende Meinung annimmt, eine Tatfrage.

3. **RG.** JW. **03** 64: Das auf einem Schieds- oder Arbitrationsvertrage beruhende Verhältnis stellt sich wohl als ein Rechtsverhältnis dar, dessen Feststellung Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann; dagegen kann nicht auf Feststellung der Unwirksamkeit eines Schiedsspruchs, sondern nur auf Feststellung des durch den Schiedsspruch betroffenen Rechtsverhältnisses

unter Berücksichtigung der Einwirkung des Schiedsspruchs auf dasselbe geklagt werden.

4. **RG.** JW. **03** Beil. 146: Feststellung, ob das Verlangen des Ehemanns, die Ehefrau solle ihm ins Ausland folgen, im konkreten Falle einen Mißbrauch seines Rechtes enthalte.

5. a) **RG.** JW. **03** Beil. 146: Klage auf Feststellung eines vergangenen Rechtsverhältnisses kann dann erhoben werden, wenn das frühere Bestehen eines Rechtsverhältnisses die Grundlage für weitere daraus hergeleitete Ansprüche bildet.

b) OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **29** 350: Eine Feststellungsklage in bezug auf den Umfang einer künftigen Zwangsvollstreckung ist unter Umständen zulässig.

c) SächsOLG. **24** 474: Eine Feststellungsklage, die darauf geht, ob unter gewissen Voraussetzungen ein gewisses Rechtsverhältnis entstehe, ist unzulässig.

IV. Einzelheiten.

1. Prüfung der Voraussetzungen.

a) OLG. Dresden, DJZ. **03** 372: Ob die Voraussetzungen der Feststellungsklage gegeben sind, hat das Gericht von Amts wegen zu prüfen; der Umstand, daß die Parteien über das Vorliegen der Voraussetzungen einverstanden sind, genügt nicht.

Reine Rechtsfragen können nicht Gegenstand einer Feststellungsklage sein (vgl. **RG. 6** 38 f., **18** 172, **49** 373).

b) **RG.** JW. **04** 484: Die prozessualen Voraussetzungen der Feststellungsklage sind von Amts wegen zu prüfen.

Über Feststellungsklagen in Unfallversicherungssachen handelt **RG.** JW. **04** 493.

2. **RG.** Puchelts Z. **35** 262 ff., JW. **04** 94: Eine Schadensersatzklage, die weder einen bestimmten noch einen nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden Schaden begehrt, bedarf — als Antrag auf bloße Feststellung der Schadensersatzpflicht unter Vorbehalt der Feststellung des Betrages in einem ferneren Verfahren (Gruchots Beitr. **48** 1099 ff.) — der besonderen Begründung ihrer Zulässigkeit.

3. *Hölder, AzivPr. **93** 34 ff.: Auch die Klage auf Unterlassung ist eine Feststellungsklage.

4. Über Berechnung des Streitwerts bei Feststellungsklagen vgl. oben Ziff. 3 g zu § 3.

§§ 257—259. *Moos, Klage auf künftige Leistung: Den Klagen auf künftige Leistung ist als Voraussetzung gemeinsam:

A. Nach der materiellen Seite:

Ein zur Zeit der Klagerhebung bereits bestehender Anspruch des Klägers; es müssen zur Zeit der Klagerhebung Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien bestehen, aus denen gefolgert werden kann, daß die Leistung von dem Verpflichteten zu dem in der Klage bezeichneten Zeitpunkte werde verlangt werden können. Bloße Hoffnungen in dieser Richtung genügen nicht.

Dieser Anspruch kann sein

I. eine Forderung, die gerichtet sein kann

1. auf positives Tun

und zwar

a) als betagte Forderung (Fälle vgl. a. a. O. 31 ff.);

b) als bedingte Forderung und zwar sowohl rechtsgeschäftlich bedingte, als auch gesetzlich bedingte (conditio iuris), als letztere, wenn nach den vorliegenden Tatsachen eine bestimmte Anwartschaft auf die geforderte Leistung gegeben ist.

2. negativ auf ein Unterlassen
(BGB. § 241 Satz 2) und zwar

a) auf andauerndes, also sowohl gegenwärtiges als auch zukünftiges Unterlassen;

b) auf Unterlassung eines Handelns von einem künftigen Zeitpunkt ab;

c) auf einmaliges Unterlassen in bestimmtem Zeitpunkte. Näheres a. a. O. 45 ff.

II. Ein dinglicher Anspruch aus absolutem Rechte und zwar ebenfalls gerichtet entweder

1. auf positives Tun,

2. auf Unterlassung künftiger Störung.

Dieser Anspruch gehört allemal zum Inhalte des materiellen dinglichen Rechtes. Der Schutz dieses Anspruchs ist aber nicht dem § 259 ZPO. zu entnehmen (so Hellwig, Anspruch und Klagerecht 393 ff.), sondern speziellen Prozeßvorschriften des BGB. (§§ 1004, 862, 12, 1134, 1007, 1027 uff. BGB.). Denn auch in den Fällen der turbatio verbis findet eine „Beeinträchtigung" i. S. der §§ 1004 usw. BGB. statt, wenn dadurch der Rechtsgenuß wirklich in Frage gestellt wird, wie dies auch schon für die gemeinrechtliche Negatorienklage anerkannten Rechtens war.

B. Nach der prozessualen Seite:

Ein Rechtsschutzinteresse oder ziviles Unrecht. Ob dieses Rechtsschutzinteresse gegeben ist, hat das Gericht von Amts wegen zu prüfen. Es braucht von der Partei nicht besonders geltend gemacht zu werden, wenn es sich den vorgebrachten Tatsachen entnehmen läßt.

*Moos a. a. O. 70 ff.: Die Erweiterung des Rechtsschutzes für den Kläger muß dem Beklagten insofern zugute kommen, als auch er noch nicht fällige oder unbedingt gewordene Gegenansprüche, insbesondere Gegenforderungen zu verteidigungsweisem Angriff verwenden kann. Hauptfrage: Ist Aufrechnung einer noch nicht fälligen Gegenforderung möglich, wiewohl § 387 BGB. unzweideutig Fälligkeit der Gegenforderung als Erfordernis der Aufrechnung statuiert? Resultat der Untersuchung (71 ff.): Geltendmachung der Gegenforderung ist nicht Rechtsgeschäft, sondern prozessuale Einrede, dazu bestimmt, den Richter von dem künftigen Nichtbestehen der Klageforderung zu überzeugen, und daher geeignet, die Verurteilung abzuwenden. Entsprechendes gilt für bedingte Gegenforderungen und für die Einrede des Zurückbehaltungsrechts auf Grund betagten oder bedingten Anspruchs.

§ 257. 1. a) *Moos a. a. O. 41: Unter § 257 fallen auch Ansprüche aus Wechseln; wo aber die Präsentation wechselrechtlich mit zum Klagegrunde gehört, ist eine Klage aus § 257 ausgeschlossen, weil vor der Präsentation der Wechselanspruch immer nur ein möglicherweise entstehender, nicht etwa ein bedingter ist.

b) *Moos a. a. O. 32 ff.: Die kalendermäßige Bestimmung der Klageforderung gehört nicht zum Klagegrunde. Daher bildet Veränderung der Bezeichnung des Kalendertags, wie auch nachträgliche Vornahme derselben keine Klageänderung. (Vgl. auch **RG.** V. JS. **41** 87.) (A. M. Gaupp-Stein zu § 257.)

c) *Moos a. a. O. 67 ff.: Die im § 257 genannten Geldforderungen können auch im Urkunden- und Wechselprozeß eingeklagt werden. Ob auch das Mahnverfahren auf sie anwendbar ist, ist zweifelhaft. Verf. hat die Frage a. a. O. 68 unter Anlehnung an die Mandatsklage des preußischen Rechtes bejaht, ⟹ möchte sie aber jetzt doch verneinen. ⟸ Entscheidend erscheint, daß der Zahlungsbefehl nach § 692 ZPO. den Befehl an den Schuldner enthalten muß, binnen einer vom Tage der Zustellung laufenden Frist von einer Woche bei Vermeidung sofortiger Zwangsvollstreckung den Gläubiger wegen des Anspruchs nebst Kosten und Zinsen zu **befriedigen oder** bei dem Gerichte Widerspruch zu erheben (vgl. Busch, DJZ. **02** 307).

2. *Hölder, Iherings J. **46** 307: Die Klagen auf künftige Leistung sind nichts anderes als Feststellungsklagen (vgl. Hellwig, JDR. **1** Ziff. I 1).

3. Wegen der Kündigungsklage im Urkundenprozesse vgl. unten zu § 592 ZPO.

§ 258. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 166: Die Bestimmung findet nur dann Anwendung, wenn die Klage eine schon **fällige** Rate des Anspruchs betrifft und die künftigen miteingeklagt werden: Dies wird aus der Entstehungsgeschichte — entgegen der Ansicht Gaupp-Stein — gefolgert (vgl. JDR. **1** Ziff. 2).

§ 259. I. Literatur:

1. *Hölder, AzivPr. **93** 32 ff.: Die Vorschrift ist nichts anderes als eine Anwendung des § 256.

2. Mannhardt, DJZ. **03** 416 ff.: § 259 ZPO. enthält nur die besondere Anerkennung der Unterlassungsklage für obligatorische Verhältnisse. — Hellwig, „Anspruch und Klagerecht" 388 ff. leitet die generelle Zulässigkeit der Unterlassungsklage lediglich aus § 259 ZPO. ab und nennt die entsprechenden Bestimmungen des BGB. (§§ 12, 862, 1004 usw.) überflüssig.

II. Aus der Praxis.

1. **RG. 58** 139, JW. **04** 389: Von „künftigen" Ansprüchen kann auch dann gesprochen werden, wenn der Anspruch noch nicht entstanden ist, vielmehr erst in der Zukunft zur Entstehung gelangen soll, ohne Unterschied, ob die künftige Entstehung abhängig gemacht ist von einem bestimmten Anfangstermin oder von dem Eintritt eines anderen Tatbestandsmoments, welches, sei es gesetzlich, sei es kraft Rechtsgeschäfts, Voraussetzung für die Entstehung des Anspruchs ist.

2. **RG.** DJZ. **04** 813: Die Bestimmung ist anwendbar nicht bloß, wenn ein bestehender Anspruch noch der Fälligkeit entbehrt, sondern auch wenn er erst durch ein künftiges Ereignis zur Entstehung gelangt.

3. OLG. **9** 98 (Hamburg): Unter Umständen kann auch in dem Falle, daß der Mieter die gesetzlich als Pfand haftenden eingebrachten Sachen aus den Mieträumen fortschafft, die Besorgnis sich rechtfertigen, daß der Schuldner sich der Leistung, also auch der rechtzeitigen Leistung, entziehen wolle (vgl. Mittelstein, Miete 165).

4. BayObLG., SeuffA. **58** 291: Eine Klage auf künftige Leistung kann auch im Urkunden- und Wechselprozeß erhoben werden (vgl. OLG. Hamburg, JDR. **1** Ziff. II 5 zu § 259).

5. Über Anwendbarkeit des § 259 bei bedingten Ansprüchen **RG.** Gruchots Beitr. **47** 1091, ebenso wie **RG. 51** 243, vgl. JDR. **1** Ziff. II 1.

§ 260. *Stölzel, R. **04** 421 ff.: In Fällen, in denen auf Zahlung eines Teilbetrags der in der Klage für mehrere Posten zusammengerechneten Summe Klage erhoben wird, handelt es sich nicht um **einen** in der Klage erhobenen Anspruch (§§ 306, 307, 322), sondern um eine Häufung **mehrerer** in der

Klage erhobenen Ansprüche, so daß die Klage auf je einen Bruchteil jedes einzelnen Klagepostens als erhoben sich darstellt.

Erklärt der Kläger anzuerkennen, die eingeklagte Gesamtsumme zwar für näher bezeichnete Klageposten zu schulden, bestreitet aber seine Schuld bezüglich anderer Posten, so kann Anerkenntnisurteil nur zu dem eingeklagten Bruchteil der erstern Posten ergehen, bezüglich der bestrittenen Posten aber ist Beweis zu erheben.

Indes steht dem Kläger frei, Verurteilung zur eingeklagten Gesamtsumme zu erreichen, wenn er zu den unbestrittenen Posten den Klaganspruch bis zu deren voller Höhe erweitert und die streitigen Posten fallen läßt.

Analog ist zu verfahren, wenn auf die unterstellte Klage zu einzelnen tatsächlich genügend begründeten Posten, deren Gesamtsumme die Klage erreicht, Eingeständnis erfolgt.

Ein Anerkenntnis oder ein Eingeständnis, einen bestimmten geringeren Gesamtbetrag als den zusammengerechneten mehrerer Posten zu schulden, bedarf, um wirksam zu sein, der Erläuterung, zu welchen Posten es abgegeben sein soll. Fehlt diese Erläuterung, so liegt weder Anerkenntnis noch Geständnis, wohl aber Nichtbestreiten sämtlicher Posten vor.

Wesentlich anders liegen die Fälle, in denen z. B. das uno pretio für mehrere Gegenstände festgesetzte Kaufgeld eingeklagt wird; hier handelt es sich um einen Anspruch, nicht um die Häufung mehrerer Ansprüche.

§ 262. OLG. Stuttgart, SeuffA. 58 332: Die Einlassungsfrist wird durch die Gerichtsferien unterbrochen.

§ 263. I. 1. Nach OLG. **6** 425 (KG.) tritt die Rechtshängigkeit der Streitsache im Arrestprozesse durch den einseitigen Antrag des Arrestklägers nach § 920 ein.

2. OLG. **9** 99 (Dresden): Die Einrede der Rechtshängigkeit hat keineswegs denselben Umfang wie die der Rechtskraft, sie setzt Identität nicht nur des Anspruchs, sondern auch der Parteirollen voraus (entgegengesetzt ebenda 100).

II. Nr. 1.

1. Allgemeines.

a) OLG. **6** 398 (Karlsruhe): Nach Erlassung eines bedingten Endurteils kann ein außergerichtlicher Vergleich im anhängigen Rechtsstreit nicht geltend gemacht werden. Nach den Grundsätzen über die Rechtshängigkeit, welche bis zur Erledigung des bedingten Urteils andauert, muß die sofortige Abweisung jedes auf eine nochmalige Verhandlung zur Sache abzielenden Antrags erfolgen. Dem Beklagten steht der Rechtsbehelf der Vollstreckungsgegenklage (§ 767) und der Feststellungsklage offen.

b) **RG.** JW. **04** 260: Wenn die Einrede der Rechtshängigkeit Platz greifen soll, ist erforderlich, daß die konkrete, aus dem gleichen Klagegrund abgeleitete Rechtsfrage, der Anspruch derselbe ist.

c) **RG. 54** 49, JW. **03** 151: Entscheidend dafür, ob die Einrede der Rechtshängigkeit begründet ist, ist die Beschaffenheit der in den beiden Prozessen erhobenen Ansprüche. Fehlt es in diesem Punkte an der Identität, so entfällt die Einrede der Rechtshängigkeit, z. B. ist die Einrede versagt, wenn in dem einen Prozeß eine Leistungsklage, in dem anderen eine Feststellungsklage erhoben wird. Dasselbe muß gelten bei Verschiedenheit der Leistungsansprüche.

Die Einrede der Rechtskraft dagegen kann begründet sein, auch wenn es an einer Identität der Streitsache fehlt. Der Umfang dieser Einrede deckt sich nicht mit dem Umfange der Einrede der Rechtshängigkeit (vgl. **RG. 50** 419).

2. Einzelheiten.

a) OLG. 7 299 (Dresden): Hat der Kläger schon vor Einleitung des Wechselprozesses das Grundverhältnis zum Ausgangspunkt eines Rechtsstreits im ordentlichen Verfahren gemacht und daraus Ansprüche abgeleitet, denen der Beklagte widersprochen hat, so ist im Vorprozeß etwas anderes streitig als im Wechselprozesse, der sich damit befaßt, ob der Klagewechsel den vom Kläger daraus abgeleiteten Anspruch auf vorläufige Verurteilung begründet. Die Einrede der Rechtshängigkeit kann mithin gegen die Wechselklage nicht eingewendet werden.

b) Es kann daraus, daß die Minderungsklage auf Teillöschung einer Kaufgelderhypothek erhoben worden ist, die Einrede der Rechtshängigkeit gegenüber der Klage des Hypothekengläubigers auf Zahlung der Hypothek nicht hergeleitet werden.

c) OLG. Bamberg, SeuffA. **59** 287: Aus der Klage auf Löschung der vorgemerkten Unternehmerhypothek entsteht keine Rechtshängigkeit für die Klage auf Zahlung des Werklohns.

d) OLG. Frankfurt a. M., R. **03** 21: Die Einrede der Rechtshängigkeit kann nicht wirksam darauf gegründet werden, daß über einen anderen Teil des Anspruchs ein Rechtsstreit anhängig ist.

III. Nr. 2.

RG. 52 136 bestätigt OLG. Rostock, JDR. **1** Ziff. II 9, daß die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts auch auf Tatumstände gestützt werden kann, die erst nach der Zustellung der Klageschrift eingetreten sind.

§ 264. 1. **RG. 53** 35, JW. **03** 5, SeuffA. **58** 82: Das Gericht darf, wenn es die Klagänderung für unzulässig erklärt, auf die abgeänderte Klage nicht sachlich entscheiden und gibt durch Nichtbeobachtung dieses Grundsatzes jeder Partei, zu deren Ungunsten es über die abgeänderte Klage sachlich entscheidet, ein Beschwerderecht. Läßt dagegen das Gericht die Klagabänderung dahingestellt, so kann trotz der Prozeßordnungswidrigkeit dieses Verfahrens diejenige Partei, welche die Klage geändert hat, sich nicht darüber beschweren, daß über ihre abgeänderte Klage sachlich — wenn auch zu ihren Ungunsten — entschieden ist, weil ja ihre eigene Ansicht der Zulässigkeit der Klagänderung vom Gerichte bei der Entscheidung unterstellt ist (vgl. JDR. **1** Ziff. 1).

2. **RG** JW. **03** 46: Unterschied zwischen Klagänderung und Einführung neuer Ansprüche in den Prozeß. Letztere ist von Amts wegen — und zwar in jeder Instanz ohne Rücksicht auf die Entscheidung der Vorinstanz (§ 270 ZPO.) — als unzuläßig zu beanstanden und kann auch durch gegnerische Zustimmung nicht zulässig werden.

3. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 90: Die an Stelle der Verletzung des Eigentums in zweiter Instanz behauptete Verletzung einer stillschweigend bestellten Grunddienstbarkeit ist bei Versagung der Einwilligung des Beklagten eine unzuläßige Klagänderung.

RG. JW. **03** 46: Klagänderung, nicht Einführung eines neuen Anspruchs liegt vor, wenn der Konkursverwalter im Laufe des Anfechtungsprozesses von der Klage aus § 30 KO. zur Klage aus § 31 KO. übergeht.

§ 265. I. *Lippmann, Jherings J. **45** 391 ff.:

1. Der Zessionar allein bleibt berechtigt, über die zedierte Forderung rechtsgeschäftlich in jeder Weise zu verfügen, während des Prozesses in demselben (vgl. § 794 ZPO.).

2. Der Zedent hat nur nach und kraft der mit dem Schuldner ge-

schlossenen Prozeßobligation diesem gegenüber das Recht, eine Feststellung der Forderung durch ein (nicht bloß formales) Urteil zu verlangen.

3. Solches Urteil bindet den Zessionar lediglich aus dem materiell-rechtlichen Grundsatze der Zessionslehre, daß der Schuldner durch die Zession nicht in eine schlechtere Lage gebracht werden darf. Dieser darf zu einer nochmaligen Durchverhandlung über die Frage der Forderung nicht gezwungen werden. Das Urteil bindet den Zessionar aber nicht, wenn der Schuldner selbst die Regeln der Zessionslehre nicht beachtet, also z. B. mit einer Gegenforderung an den Zedenten aus der Zeit nach der Zession kompensiert hat, was ihm auf Grund der Prozeßobligation an sich freisteht.

4. Die Prozeßobligation entzieht dem Schuldner den Einwand der mangelnden Aktivlegitimation, soweit nicht die materiell-rechtlichen Grundsätze vom Erwerb in gutem Glauben eine Ausnahme bedingen. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit einer Zäsur des Verfahrens dahin, daß die Entscheidung über die (streitige) Zessionsfrage selbst in einem weiteren Prozesse zwischen Zessionar und Schuldner zu erledigen ist.

5. Ist das dem Zedenten günstige Urteil in irgendwelcher Form vollstreckungsfähig, so ist es dies materiell-rechtlich allein für den Zessionar, der auch dann für die Restitution des Erhaltenen im Restitutionsverfahren verhaftet bleibt (498).

II. Aus der Praxis.

1. Abs. 1. Abtretung des Anspruchs.

a) **RG. 55** 294: Die Abtretung des Anspruchs liegt nicht nur dann vor, wenn die Übertragung der Forderung auf einen neuen Gläubiger der unmittelbar Gegenstand des Vertrags ist (§§ 398 ff. BGB), sondern auch dann, wenn der Übergang des Anspruchs auf den anderen die notwendige Rechtsfolge eines anderen vom Gläubiger abgeschlossenen Rechtsgeschäfts ist. Die Veräußerung des Mietgrundstücks schließt darum die Abtretung der Mietforderung an den Erwerber des Grundstücks in sich.

b) **RG. 56** 308: Nur in rein prozessualer Beziehung ist der Veräußerung oder Abtretung jede Einwirkung auf die anhängige Streitsache entzogen, dagegen treten die sonstigen materiellen Rechtsfolgen ungehindert auch hier hervor (ebenso **RG. 40** 341 ff.).

Nach der vom Kläger vollzogenen Zession muß dieser, wenn der Beklagte einen Einwand aus der geschehenen Abtretung entgegenhält, seinen Antrag dahin ändern, daß der Beklagte zur Leistung an den Zessionar verurteilt werde.

2. Abs. 2.

a) **RG. 57** 285 ff., JW. **04** 363: Die Anwendung des § 265 Abs. 2 auf das Wiederaufnahmeverfahren ist nach dem Sinne des Gesetzes für ausgeschlossen zu erachten, wenn die Abtretung des streitigen Anspruchs vor Anhängigmachung des letzteren erfolgt ist.

b) **RG. 56** 244: Nach § 265 Abs. 2 Satz 1 hat der Richter auch bei Beurteilung des materiellen Rechtsverhältnisses nicht die zur Zeit des Urteils, sondern die zur Zeit der Veräußerung vorhandenen tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen zugrunde zu legen (vgl. Gaupp-Stein, ZPO. (4) Bem. IV zu § 265).

c) **RG.** DJZ. **04** 813, JW. **04** 389: Hat der Zedent einen Zahlungsbefehl erwirkt, so ist die Klage des Zessionars, wenn sie vor Ablauf der Frist des § 697 erhoben wird, unzulässig.

3. Abs. 3 (vgl. JDR. **1** Ziff. 6).

RG. 56 309: Abs. 3 stellt eine Ausnahme von dem ersten Satze des Abs. 2 auf, und zwar dahin, daß, wenn der Beklagte dies geltend macht, der Kläger überhaupt den Prozeß nicht weiter durchführen kann, sondern ohne weiteres mit seiner Klage abgewiesen werden muß.

§ 268. I. Nr. 1. 1. Berichtigung der Parteibezeichnung (vgl. JDR. **1** Ziff. II 6 u. 7, sowie o. Ziff. 3 zu § 253).

RG. JW. **03** 4: Klagänderung liegt nicht vor, wenn namens der Mitglieder einer Gesellschaft geklagt ist und die Namen nachträglich nachgebracht werden. Ebenso auch **RG.** Gruchots Beitr. **47** 1160.

OLG. Marienwerder, PosMschr. **04** 128: Ist eine Klage unter dem Namen eines Einzelkaufmanns erhoben worden und wird im Laufe der Verhandlung als Klägerin eine offene Handelsgesellschaft bezeichnet, so ist hierin keine Klagänderung zu erblicken, wenn die oHG. von vornherein als Prozeßpartei beabsichtigt war (vgl. OLG. Zweibrücken, PfälzRpr. **1** 95).

Dagegen ist Parteiänderung unzulässige Klagänderung. *Oetker, JLBl. **15** 123.

RG. 58 248, JW. **04** 451 ff: behandelt einen Fall, in dem nicht nur eine Klagänderung durch Eintritt eines neuen Klägers in den Rechtsstreit, sondern eine Rechtskollision anzunehmen ist.

2. OLG. Stuttgart, WürttJ. **15** 347: Keine Klagänderung, wenn bei einer Kaufklage zunächst behauptet wird, der Vater des minderjährigen Beklagten habe den Kauf genehmigt, dann aber die nach eingetretener Großjährigkeit erfolgte Genehmigung des Beklagten selbst geltend gemacht wird.

II. Nr. 2.

1. **RG. 52** 82 ff.: Eine Klagänderung liegt nicht vor, wenn in einem Anfechtungsprozesse der klagende Konkursverwalter, welcher in erster Instanz beantragt hatte, eine vom Gemeinschuldner bestellte Hypothek den Konkursgläubigern gegenüber für unwirksam zu erklären und demgemäß den Beklagten zur Einwilligung in die Löschung derselben zu verurteilen, in der Berufungsinstanz an Stelle des letzten Teiles des Antrags verlangt, den Beklagten zu einer dahin gehenden Einwilligung zu verurteilen, daß der Erlös aus der Zwangsversteigerung der verpfändeten Grundstücke an Stelle des Beklagten den Konkursgläubigern zugeteilt werde, weil es sich nicht um das Verlangen eines anderen Objekts, sondern um eine Ermäßigung des Antrags handelt.

2. **RG.** JW. **03** 176: Änderung der Konkursforderung in Masseanspruch keine Klagänderung. Der Klagantrag ist nur innerhalb des nach § 268 Nr. 2 zulässigen Umfanges geändert. Verlangen voller Zahlung aus der Masse anstatt der durch die Lage des Konkurses bedingten Prozente.

3. Feststellungs- und Leistungsklage (JDR. **1** Ziff. III 3).

a) **RG.** JW. **03** 19: Klagänderung liegt nicht vor beim Übergange von der Leistungs- zur Feststellungsklage; der auf Unzulässigkeit und Aufhebung einer Pfändung gerichtete Antrag kann demgemäß auf Feststellung des Nichtbestehens der der Pfändung zugrunde liegenden Verbindlichkeit geändert werden. Ebenso **RG.** Gruchots Beitr. **47** 1174; OLG. Darmstadt, SeuffA. **59** 473.

b) *Ötker, JLBl. **15** 122: Die ratio iuris fordert, den Übergang von der Feststellungs- zur Leistungsklage und umgekehrt zu gestatten.

III. Nr. 3.

RG. JW. **03** Beil. 67; DJZ. **03** 274: Wird die Leistung, die Kläger verlangt, während des Prozesses unmöglich, und tritt deshalb der Kläger gemäß § 325 BGB. vom Vertrage zurück, so kann der Kläger nunmehr nach § 268 Nr. 3 ZPO. den Antrag auf Rückgabe des von ihm selbst Geleisteten stellen.

IV. Klagänderung liegt vor.

1. **RG.** R. **04** Nr. 1662: War vor der Klagerhebung der Klaganspruch vom Kläger ernsthaft abgetreten, so enthält die Geltendmachung einer erst nach der Klagerhebung stattgehabten Rückzession auf den Kläger, die erfolgt war, um den gerügten Mangel der Aktivlegitimation zu beseitigen, eine unzulässige Klagänderung.

2. OLG. Darmstadt, HessRspr. **5** 70: In der Änderung des Antrags auf Herausgabe an den Kläger und seine Ehefrau, während Kläger früher Herausgabe in eigenem Namen begehrt hat, liegt eine Klagänderung, weil zugleich der Klagegrund geändert wird.

3. BayObLG. **4** 870: Der Anspruch auf Minderung des Kaufpreises ist dem Anspruch auf Vertragsaufhebung gegenüber nicht ein geringeres, sondern ein anderes; es liegt demnach Klagänderung vor.

4. **RG.** JW. **03** 30: Klagänderung bei der Klage auf Nichtigkeitserklärung eines Patents.

V. **RG. 53** 35 handelt darüber, daß das Gericht, ohne die Zulässigkeit einer Klagänderung zu prüfen, über die abgeänderte Klage sachlich entscheiden kann, wenn dadurch niemand beschwert ist; s. o. Ziff. 1 zu § 264.

VI. Vgl. auch o. zu §§ 256, 264.

§ 269. BayObLG. **4** 707: Hat sich der Beklagte ohne Vorbehalt auf die geänderte Klage eingelassen, so hat er in die Änderung eingewilligt, auch wenn er sich nicht bewußt gewesen sein sollte, daß es sich um eine Klagänderung handelt.

§ 270. **RG. 54** 219, JW. **03** Beil. 69: Hat das Untergericht die Klagänderung verneint, so darf der Oberrichter die Frage der Klagänderung auch dann nicht nachprüfen, wenn es sich wegen der Verjährungsunterbrechung darum handelt, ob die Grundlagen für die zweite Klage schon in der Klageschrift enthalten waren.

RG. 54 219, JW. **03** Beil. 69: Die Entscheidung des unteren Richters, daß in der Begründung der Klage mit Gewährleistung *keine* Klagänderung liege, ist von dem Oberrichter nicht nachzuprüfen, auch nicht wegen der Frage der *Verjährungsunterbrechung* (Gewährleistungsanspruch!). Die Unanfechtbarkeit jener Entscheidung gilt *einheitlich*.

§ 271. 1. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 1110 ff.: Die Unterbrechung der Verjährung wird durch Zurücknahme der Klage auch dann aufgehoben, wenn sie erfolgt, weil die Parteien die Entscheidung des Streites durch ein Schiedsgericht verabredet haben.

OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 216: Keine Klagezurücknahme im Sinne des § 271 liegt vor, wenn der Kläger den Hauptanspruch nicht mehr verfolgt, sondern nur seinen Antrag in betreff der Kosten aufrechterhält, sofern der Kläger nach wie vor den Standpunkt vertritt, daß die Klage zur Zeit ihrer Erhebung begründet war.

RG. JW. **04** 492: Unter den Kosten sind auch die der Nebenintervention zu verstehen.

2. **RG. 56** 29: Die Bestimmungen der Abs. 1 und 2 finden auf die Nebenintervention entsprechende Anwendung.

3. *Abs. 3.* OLG. Stuttgart, WürttZ. **15** 353 ff.: Abs. 3 findet Anwendung, falls ein Kläger, wenn auch ohne den Ausdruck zu gebrauchen, *tatsächlich* die Klage zurücknimmt, indem er den Hauptanspruch als infolge einer eigenen, freiwilligen Handlung für erledigt erklärt.

LG. Dresden, Buschs Z. **31** 331: Die Regel des § 271 Abs. 3 greift nicht Platz, wenn der Kläger die Klage auf Grund des Abschlusses eines außer-

gerichtlichen Vergleichs zurücknimmt, in diesem Falle verbleibt es bei der Vorschrift des § 98.

§ 274. I. 1. *Walsmann, Streitgen. Nebenintervention 214: Das Recht, auf Grund der prozeßhindernden Einreden die Verhandlung zu verweigern und eine sofortige Entscheidung über die Einrede zu erwirken, muß auch dem streitgenössischen Nebeninterventienten zuerkannt werden, denn diese Verweigerung dient dazu, beschleunigt die Abweisung der Klage herbeizuführen.

2. **RG.** JW. **04** 390: Die Einreden des § 274 sind stets prozeßhindernd, mögen sie in zulässiger Weise erhoben werden, wann sie wollen, und können daher ihrer Natur nach auch stets nur als prozeßhindernde erhoben werden.

II. Abs. 2.

1. Nr. 2.

KG., DJZ. **03** 370: Für den von einem anderen als einem öffentlichen Armenverband erhobenen Erstattungsanspruch aus der nützlichen Verwendung oder der Geschäftsführung ohne Auftrag gegen den verpflichteten Armenverband findet der Rechtsweg statt (**RG.** Pl. 27. 4. 98, DJZ. **98** 433). Ist der Rechtsweg zulässig, so muß das ordentliche Gericht notwendig über alle Fragen befinden, deren Beantwortung erforderlich ist, um in der Sache selbst entscheiden zu können, gleichgültig, ob bei der Beantwortung lediglich Privat- oder öffentliches Recht zur Anwendung zu bringen ist.

2. Nr. 3.

a) **RG.** JW. **04** 414: Die prozeßhindernde Einrede des Schiedsvertrags ist verzichtbar auch durch Verlust des Rügerechts. Ebenso OLG. **9** 101 (Frankfurt).

b) OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **28** 618 ff.: Auch nach der rechtskräftigen Entscheidung einer Streitsache durch Schiedsrichter ist außer der Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache noch die Einrede zulässig, daß infolge einer Vereinbarung der Parteien die Entscheidung den ordentlichen Gerichten entzogen sei.

3. Nr. 4.

RG. JW. **03** 178: Einrede der Rechtshängigkeit greift nicht durch: in dem *einen* Prozesse wird auf Erlaß des Vollstreckungsurteils auf Grund eines Urteils des Wiener Gerichts geklagt, in dem *anderen* Prozesse wird ohne Bezugnahme auf das österreichische Urteil der Anspruch auf das Kaufgeld selbständig auf Grund des Kaufvertrags der Parteien eingeklagt. Klagegrund und Klagebegehren sind verschieden. Gleichheit nur insofern, als beide Streitsachen *wirtschaftlich* denselben Zweck verfolgen, dem Kläger den Gegenwert für die dem Beklagten gelieferten Waren zu verschaffen.

4. Nr. 6.

a) **RG.** JW. **04** 556: Voraussetzung ist, daß die Partei, der gegenüber die Einrede erhoben wird, *dieselbe* ist, welche die Kosten des früheren Verfahrens schuldet.

b) **RG.** **58** 259 ff.: Die Einrede aus Nr. 6 kann auch in dem Falle geltend gemacht werden, wenn die Klage nicht freiwillig zurückgenommen, sondern gemäß § 113 für zurückgenommen erklärt ist, auch können die prozeßhindernden Einreden, insbesondere die der Nr. 6, auch gegenüber Widerklagen erhoben werden.

III. Abs. 2.

a) OLG. **9** 102 (Kassel): Vor Beginn der Verhandlung zur Hauptsache kann der dieselbe anordnende Beschluß vom Gerichte wieder aufgehoben werden.

b) OLG. Marienwerder, PosMschr. **03** 93 ff., SeuffA. **58** 373: Unter Einreden, „auf welche der Beklagte wirksam nicht verzichten kann", sind diejenigen

Einreden gemeint, welche einer Vereinbarung der Parteien entzogen und daher durch das erkennende Gericht von Amts wegen zu berücksichtigen sind. Daß hierzu auch die Einrede gehört, daß für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet sei, folgt aus § 40 Abs. 2 ZPO.

§ 275. I. *Kleinfeller, KrVSchr. **45** 45ff.: In fünf Fällen ist in der ZPO. das hinsichtlich der Rechtsmittel den Endurteilen gleichgestellte Urteil kein Zwischenurteil. Diese fünf Urteile bilden neben den End- und Zwischenurteilen eine dritte Gruppe von Urteilen, welche als Urteile mit prozessualem Vorbehalt zu bezeichnen sind; ihre Eigentümlichkeit besteht darin, daß sie die Instanz vorläufig unter Vorbehalt eines weiteren Verfahrens zum Abschlusse bringen.

II. Abs. 1.

OLG. **9** 135 (KG.): Die Rechtskraft eines Versäumnisurteils zur Hauptsache schließt die Anfechtung des Zwischenurteils über die Zuständigkeit aus.

RG. Gruchots Beitr. **48** 819ff.: Wird gegen eine aus mehreren Gründen erhobene Klage die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts erhoben, so hat die Urteilsformel sich darüber auszusprechen, daß eine Zurückweisung der Klage insoweit erfolgt, als mit derselben Ansprüche verfolgt werden, für welche es an der Zuständigkeit des Gerichts mangelt.

III. Abs. 2.

RG. 57 416, JW. **04** 387: Ist nach Verwerfung einer prozeßhindernden Einrede eine zweite durch ein neues hinsichtlich der Rechtsmittel als Endurteil anzusehendes Zwischenurteil verworfen worden, so ist von selbst in dem Verfahren ein Stillstand bis zur Rechtskraft des zweiten Zwischenurteils eingetreten. Über den inzwischen gestellten Antrag, die Verhandlung zur Hauptsache anzuordnen, kann gemäß § 128 gleichfalls nur auf Grund mündlicher Verhandlung entschieden werden. Daraus ergibt sich, daß der den Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens erledigende Beschluß der Beschwerde unzugänglich ist. (§ 567 Abs. 1.)

OLG. **9** 102 (Cassel): Im Falle der Beschwerde gegen einen die Anordnung der Verhandlung zur Hauptsache im Falle des Abs. 2 wieder aufhebenden Beschluß hat das Beschwerdegericht die Frage, ob zweckmäßig schon zur Hauptsache zu verhandeln sei, nicht nachzuprüfen (103).

OLG. **6** 377, SeuffA. **58** 373 (Marienwerder): Aus der Vorschrift in Abs. 2 folgt nicht nur, daß dem Beklagten ein Zurückkommen auf die verworfene prozeßhindernde Einrede verwehrt ist und daß auch das erstinstanzliche Gericht nur noch den übrig gebliebenen Teil des Streitstoffs durch Endurteil erledigen kann, sondern auch: daß das nur gegen das Endurteil eingelegte Rechtsmittel die selbständig anfechtbaren Zwischenurteile nicht ergreift, daß daher auch das nur mit dem Rechtsmittel gegen das Endurteil befaßte Gericht höherer Instanz nicht befugt ist, die Richtigkeit solcher Zwischenurteile in Zweifel zu ziehen und zwar ohne Rücksicht darauf, ob jene Zwischenurteile rechtskräftig geworden sind oder nicht.

Anders verhält es sich jedoch, wenn das Gericht über die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit nicht sachlich entschieden hat, sondern sie nur als prozessual unzulässig verworfen hat. Da ein solches Zwischenurteil eine materielle Entscheidung irgendeines Streitpunkts nicht enthält, so ist es auch nicht der materiellen Rechtskraft in dem Sinne fähig, daß es der sachlichen Prüfung irgendeines Rechtsbehelfs entgegenstände.

RG. JW. **04** 179: Wenn das dem Urteil vorangehende Verfahren die Bedingungen des § 275 unerfüllt gelassen hat, so hängt dennoch die Zulässigkeit des Rechtsmittels von der Bedeutung ab, die nach dem Inhalte des Urteils das erkennende Gericht seiner Entscheidung selbst beigelegt hat.

OLG. Stuttgart, DJZ. **04** 78: Wenn in dem Termine zur Verhandlung über einen Wiedereinsetzungsantrag gegen Versäumung der Einspruchsfrist dieser Antrag verworfen wird, so ist die Erhebung einer Widerklage nicht mehr zulässig.

§ 278. **RG.** (Plen.) **51** 8, SeuffA. **58** 165 ff. (vgl. JDR. **1** zu § 278).

Die Erhebungsform für die Widerklage bildet nach den §§ 278, 280 und 281 ZPO. ausschließlich das Vorbringen in der mündlichen Verhandlung. Die durch einen zugestellten Schriftsatz angekündigte Widerklage ist nicht erhoben. Die Widerklage wird danach erst in dem Zeitpunkt ihrer Erhebung in der mündlichen Verhandlung zu einem Teile der Hauptsache im Rechtsstreit. Unterbleibt die Erhebung der schriftlich angekündigten Widerklage, wird sie also niemals zu einem Teile der Hauptsache des Rechtsstreits, so kann auch von einer bezüglich der Widerklage unterliegenden Partei nicht die Rede sein und es können folgeweise Kosten der nur vorbereiteten Widerklage ebensowenig Gegenstand der Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits werden, wie dies bezüglich der durch Vorbereitung einer demnächst nicht erhobenen Klage erwachsenen Kosten möglich ist.

§ 280. 1. Hölder, Jherings J. **46** 305: Die Gewährung der sog. Inzidentfeststellungsklage (280) bedeutet nicht die Bestimmung einer Feststellungsklage ohne rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung, sondern daß die Eigenschaft eines für die Entscheidung des Rechtsstreits präjudiziellen Verhältnisses, im Laufe des Prozesses streitig geworden zu sein, ein rechtliches Interesse des Beklagten an seiner alsbaldigen Feststellung begründet.

2. OLG. Stuttgart, DJZ. **04** 77: Die Erhebung einer Widerklage im Termine zur Verhandlung über einen Wiedereinsetzungsantrag gegen Versäumung der Einspruchsfrist ist, wenn der Antrag verworfen wird, unzulässig.

§ 282. Beweislast. (JDR. **1** Ziff. 1—4 zu § 282.)

a) Es ist zu vermuten, daß die über einen Vertrag aufgenommene Urkunde die Abreden der Parteien vollständig wiedergibt. Wer mündliche Vereinbarungen vor oder bei Abschluß des schriftlichen Vertrags gegen dessen Inhalt behauptet, hat deren Geltung neben dem Vertrage zu beweisen. **RG.** JW. **03** Beil. 133.

b) In der Streitfrage, ob im Falle des § 1166 BGB. der Gläubiger zu beweisen hat, daß er den Schuldner von der Zwangsversteigerung unverzüglich benachrichtigt habe, so Planck, oder, ob der Schuldner das Gegenteil zu beweisen habe (so Turnau-Förster, Fuchs) hat sich **RG. 54** 369 der ersteren Ansicht angeschlossen.

c) OLG. Marienwerder, SeuffA. **58** 257: In der Behauptung einer aufschiebenden Bedingung ist ein Leugnen der gegnerischen Behauptung enthalten, und es fällt daher dem Gegner der Beweis des unbedingten Abkommens zu.

d) OLG. **6** 86 (Celle): Fordert der Makler wegen mangelnder Vereinbarung den üblichen Lohn, während der Gegner Vereinbarung einer geringeren Provision behauptet (BGB. § 653), so ist der Makler für die Negation beweispflichtig.

e) OLG. **7** 16 (Kiel): Kläger, der Räumung begehrt wegen Ablauf der Mietzeit, ist für den Ablauf beweispflichtig.

Über die Beweislast in Schädenprozessen s. u. Ziff. 1 zu § 287.

§ 285. OLG. Marienwerder, PosMschr. **03** 133: Das Gericht darf nicht unmittelbar nach einer Beweisaufnahme die Entscheidung verkünden, sondern muß den Parteien noch Gelegenheit geben, über das Ergebnis der Beweisaufnahme zu verhandeln. Ob die Parteien in dieser weiteren Verhandlung mehr oder weniger ausführliche Darlegungen machen oder ob sie nur erklären, daß die Beweisaufnahme ihnen keine Veranlassung zu weiteren An- und Ausführungen gebe, ist gleichgültig auch in letzterem Falle hat eine weitere Verhandlung stattgefunden.

Denn die Parteien haben dann erklärt, daß sie ihre früheren Anträge und Erklärungen aufrechterhalten.

§ 286. I. Theorie. 1. *Brunner-München, SeuffBl. **03** 531: Dem Wortlaute des Gesetzes gemäß ist auch über die Beweislast nach freier richterlicher Überzeugung zu entscheiden, sohin nicht, wie häufig angenommen wird, nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes, sondern nach freiem Ermessen mit Rücksicht darauf, was unter den besonderen Umständen jedes einzelnen Falles erforderlich ist, damit über die Begründetheit eines Anspruchs, bezüglich dessen der Schutz der Gerichte in Anspruch genommen wird, erkannt zu werden vermag.

2. *Martinius, AbürgR. **25** 151: Die Vorschrift hat zwei Schwächen, indem sie erstens die Beachtung nicht behaupteter Tatsachen überhaupt nicht gestattet, obschon diese voll bewiesen oder gerichtsbekannt sind, und ferner die Feststellung fordert, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei.

Erstere Schwäche kann geradezu zwingen, das materielle Recht gelegentlich dem prozessualen Formalismus zu opfern. Es ist zu erwägen, ob § 286 nicht durch eine bessere Vorschrift ersetzt werden sollte.

II. Aus der Praxis.

1. **RG.** JW. **03** 152: Die Begründung des Urteils ist prozessual ungenügend, weil nicht die einzelnen Klagetatsachen, so wie sie der Kläger behauptet hatte, sondern lediglich eine von dem BGB. selbst daraus gezogene Abstraktion gewürdigt worden ist; denn der Kläger hat niemals behauptet, daß er durch die (von dem BGB. konstruierte) abstrakte Empfehlung, sondern daß er durch die von ihm bestimmt bezeichneten einzelnen Äußerungen und Handlungen der Direktoren zum Erwerbe der Aktien bewogen worden sei.

2. **RG.** R. **04** 632 Nr. 2739: Als Beweismoment können auch Erklärungen, die in einem Vertrag enthalten sind, verwertet werden, wiewohl diesen Erklärungen für sich allein wegen Hinfälligkeit des ihnen zugrunde liegenden Vertrags eine rechtliche Bedeutung nicht zukam.

3. Ablehnung von Beweisanträgen.

a) Allgemeines: **RG.** JW. **03** 178: Würde der angebotene Beweis nicht ohne Einfluß auf die richterliche Überzeugung sein, so darf seine Erhebung nicht abgelehnt werden.

RG. JW. **04** 67: Die Begründung der Ablehnung von Beweismitteln muß erkennen lassen, daß das Gericht die weiter angebotenen Beweise nach ihrer Erheblichkeit im Zusammenhalte mit dem bisherigen Beweisergebnisse abgewogen und hiernach die Sache erschöpfend gewürdigt hat.

BayObLG. **5** 495: Das Gericht kann die weitere Beweisaufnahme ablehnen, sofern es aus den vorliegenden Ergebnissen der Verhandlungen und der aufgenommenen Beweise eine so feste Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der bestrittenen Behauptungen gewonnen hat, daß die beantragte Beweisaufnahme, auch wenn sie das in Aussicht gestellte Ergebnis liefert, daran nichts zu ändern vermöchte.

b) Ablehnung von Zeugen: **RG.** Puchelts Z. **35** 335: Vernehmung von Zeugen darf nicht deshalb unterbleiben, weil nicht zu erwarten ist, daß der unter Beweis gestellte Vorgang dargetan werde.

RG. JW. **03** 420: Soweit erhebliche Beweise angetreten werden, muß das Gericht sie zulassen. Das Gericht darf die beantragte Vernehmung des Zeugen nicht aus dem Grunde ablehnen, daß die Überzeugung des Gerichts nicht mehr erschüttert werden könnte.

KG., SeuffA. **58** 371: Der im § 286 ZPO. aufgestellte Grundsatz, daß das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhaltes der Verhandlungen

nach freier Überzeugung zu entscheiden hat, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder nicht wahr zu erachten sei, räumt dem Richter allerdings die Befugnis ein, einen vorgeschlagenen Zeugen dann nicht zu vernehmen, wenn er davon überzeugt ist, daß durch dessen Vernehmung Sachdienliches nicht erbracht werden könnte. Diese Überzeugung kann aber nur darin bestehen, daß die in das Wissen des Zeugen gestellten Tatsachen für unerheblich erachtet werden oder daß der Zeuge von vornherein derartig unglaubwürdig erscheint, daß seiner Aussage, möge sie ausfallen wie sie wolle, jeder Einfluß auf die richterliche Beurteilung des Rechtsstreits versagt werden müßte; hingegen berechtigt ein hoher Grad von Unwahrscheinlichkeit einer unter Beweis gestellten Parteibehauptung den Richter nicht, den Beweis unerhoben zu lassen.

4. **RG.** JW. **04** 538: Erklärungen eines Prozeßbevollmächtigten beim Sachvortrage können unter Umständen als Parteibehauptungen angesehen werden.

5. **RG.** R. **04** 632 Nr. 2738: Ein in einem Vorverfahren bereits vernommener Zeuge braucht nicht wieder vernommen zu werden, wenn der erbotene Beweis lediglich die bereits bekundeten Tatsachen betraf und die Gründe, aus denen das Berufungsgericht den Zeugen für unglaubwürdig hielt, durch die beantragte Vernehmung nicht berührt worden wären.

6. Über die Beweiswürdigung bei Schadensansprüchen s. u. Ziff. 3 zu § 287.

§ 287. 1. Beweislast.

RG. JW. **03** 146: Bei Klagen auf Ersatz für einen durch den Unfall herbeigeführten Erwerbsverlust hat der Ersatzberechtigte darzulegen:

a) daß er bis zu dem Unfall in einem bestimmten Maße erwerbsfähig gewesen ist,

b) daß hierin infolge der Verletzung eine nachteilige Veränderung, bzw. in welchem Grade sie eingetreten ist.

Für die Feststellung des zu ersetzenden Vermögensnachteils ist zunächst die Lage der Erwerbstätigkeiten und Erwerbsverhältnisse maßgebend, in der sich der Verletzte zur Zeit des Unfalls befunden hat. Es darf davon, als von der Regel ausgegangen werden, daß der Verletzte den Verdienst, den er zu jener Zeit hatte, ohne das Dazwischentreten des Unfalls auch in Zukunft gehabt haben würde.

2. Nachweis des Kausalzusammenhanges bei Schadensersatzansprüchen.

RG. JW. **03** 384: Es kann nicht gefordert werden, daß der als zum Schadensersatze verpflichtend hingestellte Umstand als einzig möglicher Grund des Schadens sich darstellt. Bei den Schranken menschlicher Erkenntnis muß es, damit den Erfordernissen des praktischen Lebens genügt werde, ausreichen, wenn ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit dafür vorliegt, daß der Schaden in dem betreffenden Umstande seinen Grund findet. Das ist auf Grund der menschlichen Erfahrung mit Rücksicht auf die Sachlage, insbesondere den Grad der Gefährlichkeit der in Betracht kommenden Handlung, zu prüfen.

3. **RG.** JW. **03** 384: In Ermangelung aller tatsächlichen Anhaltspunkte ist eine Schadensabschätzung ausgeschlossen.

RG. JW. **04** 575: Die Vorschrift des § 287 verpflichtet den Richter nicht schlechthin zur Festsetzung des Schadens, sondern über die Entstehung und die Höhe des Schadens unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu entscheiden.

RG. JW. **03** 146: Das Gericht ist bei der Entscheidung über den Schaden an die Grundsätze von der Beweislast nicht formell gebunden.

RG. Puchelts Z. **35** 141 ff.: Bei einem Darlehnsanspruche kann seiner rechtlichen Natur nach eine Schätzung in Ansehung der Höhe in analoger Anwendung des § 287 nicht in Frage kommen.

§ 288. 1. **RG.** JW. **03** 21: Das nur von einem notwendigen Streitgenossen abgegebene gerichtliche Geständnis wirkt nicht ohne weiteres als gerichtliches Geständnis der Streitgenossen.

2. **RG.** SeuffA. **58** 372: Die Erklärung im Berichtigungsverfahren über einen prozessualen Vorgang ist kein gerichtliches Geständnis.

3. OLG. Hamburg, SeuffA. **58** 475: Das erklärte Nichtbestreiten einer gegnerischen Behauptung darf auf die erste Instanz beschränkt werden.

4. OLG. Posen, SeuffA. **58** 203: Der Begriff des Geständnisses erfordert keineswegs notwendigerweise, daß sich die Partei des Wortes „ich gestehe zu" oder eines ähnlichen Ausdrucks bedient. Vielmehr genügt hierzu die Angabe, eine gegnerische Behauptung nicht bestreiten zu wollen, vorausgesetzt, daß diese Erklärung mit dem Willen gegeben wird, jene Tatsache außer Streit zu setzen.

5. **RG.** SächsA. **13** 570 ff.: Die bestrittene Behauptung einer Partei kann nicht allein deshalb als festgestellt angenommen werden, weil sie dem behauptenden Teile selbst nachteilig ist.

§ 289. I. Aus der Literatur.

1. Von der Lehre des sog. qualifizierten Geständnisses handelt *Rosenberg, AzivPr. **94** 1 ff. und in einem Nachtrag 314 ff.: Die Abhandlung soll eine Ergänzung und Fortsetzung seines Buches über die Beweislast der ZPO. und BGB. sein und die Bedenken zerstäuben, ob die Rosenbergschen Sätze in der Praxis durchführbar sind.

a) Eine einheitliche Darstellung des qualifizierten Geständnisses ist nicht möglich — und darin besteht die Schwierigkeit der Lehre — die Zusätze des Beklagten sind bald als Leugnung des Klaggrundes aufzufassen, bald bilden sie den Tatbestand einer Einrede. Nur für die Fälle der zweiten Art sollte man die Bezeichnung „qualifiziertes Geständnis" verwenden. Die Lehre vom qualifizierten Geständnisse ist der Brennpunkt der verschiedenen Meinungen über die Verteilung der Beweislast (vgl. JDR. **1** und **2** Anhang zum Allgemeinen Teile „Beweislast").

b) Eine Darstellung des qualifizierten Geständnisses ist ohne Klarheit über die Prinzipien der Beweislastverteilung nicht möglich. Über diese Grundsätze äußert sich Rosenberg 4 ff.: Die Tätigkeit des Richters besteht bei der Entscheidung eines jeden Rechtsstreits in der Anwendung des objektiven Rechtes auf einen konkreten Tatbestand. Der Richter kann den Eintritt einer Rechtswirkung nur feststellen, wenn er von den Voraussetzungen der anzuwendenden Norm überzeugt ist. Kann die Wahrheit einer Behauptung nicht festgestellt werden, so trifft der Nachteil hiervon diejenige Partei, welche verlangt, daß ihr die Rechtswirkung, deren Eintritt von jener Behauptung abhängig ist, zugesprochen werde. Diese Partei hat die Feststellungslast bezüglich der Voraussetzungen des anzuwendenden Rechtssatzes. Die Beweislast, d. h. die Aufgabe der Parteien, durch eigene Tätigkeit dem Gerichte den Beweis der Wahrheit der zu ihrer Feststellungslast stehenden Behauptung zu erbringen, ist an eine bestimmte Prozeßart gebunden: sie steht und fällt mit dem von der Verhandlungsmaxime beherrschten Zivilprozeß.

c) Jedes Zivilrecht schafft schon im Hinblick auf den Rechtsstreit ein Widerspiel von sich ergänzenden und einander entgegenarbeitenden Normen (rechtsbegründende und rechtshindernde Norm). Richtig ist die Ansicht, daß der Kläger im Prozesse ein wirklich entstandenes und gegenwärtig noch bestehendes Recht geltend mache, daß er die Verurteilung des Beklagten nur verlangen und erreichen könne, wenn alle Voraussetzungen für den Rechtserwerb gegeben seien und keine Gründe vorlägen, die das Recht in seiner Entstehung gehindert oder nach seiner Entstehung vernichtet haben könnten, und daß er eigentlich nach den Grundsätzen

der Logik auch alles dies zu beweisen hätte, wenn nicht Billigkeitserwägungen mit Rücksicht auf die Undurchführbarkeit dieses Verlangens auch dem Beklagten einen Teil der Behauptungs- und Beweislast aufbürdeten. Es geht vielmehr das Begehren des Klägers nur dahin, daß der Richter feststelle, die Wirkung des einzelnen (rechtsbegründenden) Rechtssatzes sei eingetreten.

d) Zu unterscheiden von den Fällen, in denen der Beklagte den Abschluß des klagbegründenden Vertrags überhaupt bestreitet, sind diejenigen Fälle, in denen der Beklagte zugibt, den der Klage zugrunde liegenden Vertrag abgeschlossen zu haben, aber behauptet, daß der Vertrag entweder ganz anders laute oder noch mehr Bestimmungen enthalte, als der Kläger vortrage. Das sind die eigentlichen Fälle des qualifizierten Geständnisses.

Wenn der Beklagte den Vertrag, den er mit dem Kläger abgeschlossen hat, in seinem Vortrag anders darstellt, so ist zunächst zu prüfen, ob diese Darstellung mit den zur Begründung der Klage behaupteten Voraussetzungen des anzuwendenden Rechtssatzes unvereinbar ist. Ist das der Fall, z. B. wenn der Beklagte eine andere Sache als Kaufgegenstand bezeichnet oder einen anderen Preis als vereinbart nennt oder gar behauptet, der Übergabe jener Sache liege eine Schenkung zugrunde, so sind die Voraussetzungen der Klage geleugnet und der Kläger muß sie beweisen.

Wenn aber der Beklagte zugibt, einen Kaufvertrag über den vom Kläger angegebenen Gegenstand zu dem in der Klage bezeichneten Preise eingegangen zu sein, aber behauptet, noch weitere Vereinbarungen mit dem Kläger getroffen zu haben, und auf Grund derselben entweder Abweisung der Klage beantragt oder die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erhebt und Verurteilung Zug um Zug begehrt, da entsteht die Frage, ob der Kläger die Nichtvereinbarung jener weiteren Bestimmungen des Vertrags oder der Beklagte ihre Vereinbarung beweisen muß. Diese berühmte Frage teilt Wissenschaft und Praxis in zwei Lager, in das der Leugnungstheorie, die, am konsequentesten durchgeführt, in jeder derartigen Einlassung des Beklagten ein Leugnen des Vertrags erblickt und den Kläger für beweisbelastet erklärt, und in das der Einwendungseinrede- oder Exzeptionstheorie, die umgekehrt von dem Beklagten den Beweis jenes behaupteten weiteren Vertragsinhalts verlangt.

Die Leugnungstheorie läßt einen prinzipiell richtigen Standpunkt vermissen.

Rosenberg wendet sich insbesondere gegen die von Endemann und Dernburg vertretene Auffassung, daß in den vorliegenden Fällen das vom Beklagten abgegebene Geständnis von dem übrigen Inhalte der Klagebeantwortung nicht getrennt werden könne. Prozessual sind die Geständnisse teilbar.

A. a. O. 78 ff. versucht Rosenberg, den Beweis für die praktische Durchführbarkeit der Einredetheorie zu bringen.

e) Schwierig ist die Frage, wie die Beweislast zu verteilen sei, wenn die Parteien einig sind, daß die Dispositivnorm ausgeschaltet ist und der Kläger selbst eine Abänderung der naturalia negotii behauptet, während der Beklagte diese Behauptung bestreitet und seinerseits vorträgt, wie diese Vereinbarung gelautet habe.

Behauptet jede Partei eine Abweichung zu ihren Gunsten, so trifft zunächst den Kläger die Beweislast für die von ihm angeführte, seinem Interesse günstige Abrede; mißlingt ihm dieser Beweis, so wird nun nicht angenommen, daß die Behauptung des Beklagten, die gesetzliche Regel sei zu seinen Gunsten geändert, wahr sei, sondern der Dispositivsatz wird so lange als eingreifend anerkannt, bis der Beklagte seinerseits das von ihm behauptete Akzidentale bewiesen hat. Der Kläger ist also für die von ihm behauptete Abweichung von der gesetzlichen

Regel nur dann beweislastet, wenn seine Darstellung ihm mehr Rechte gibt als das Naturale.

Trägt dagegen der Kläger eine Abrede vor, welche die ihm von Gesetzes wegen zustehenden Rechte schmälert, so trifft ihn nie die Beweislast hierfür. Die Regel gilt namentlich bei den zahlreichen gesetzlichen Kündigungsbestimmungen.

f) Auch sonstige Nebenabreden, d. h. Parteivereinbarungen, die nicht zum Wesen des betreffenden Rechtsgeschäfts gehören, ihm aber auch nicht seine typische Eigenart nehmen, sind von derjenigen Partei zu beweisen, die sie geltend macht, ohne Unterschied, ob diese Partei in der Rolle des Klägers oder des Beklagten auftritt.

Der Beklagte muß beweisen, daß er sich bei dem Vertragsschlusse den Rücktritt vorbehalten habe. Eine Nebenabrede, die stets von demjenigen zu beweisen ist, der sie vorbringt, ist ferner die Behauptung, es sei ein Modus, eine Auflage oder eine Zweckbestimmung bei der Zuwendung verabredet.

In den Fällen, wo der Händler im Namen eines anderen und mit Vertretungsmacht streitig wird, gilt folgendes: Erhebt der Kläger aus dem von einem Dritten angeblich in seinem Namen abgeschlossenen Vertrag Ansprüche, so muß er nachweisen, daß der Dritte sein Vertreter war und die nötige Vollmacht hatte. Das gleiche gilt, wenn der Kläger von dem Beklagten aus einem für diesen von seinem Vertreter abgeschlossenen Vertrage Leistung verlangt. Doch genügt, daß der Kläger beweist, der Beklagte habe seinem Vertragsgegner zum Abschlusse dieses Vertrags Vollmacht erteilt. Gibt der Beklagte die Bevollmächtigung zu, so trifft ihn die Beweislast, wenn er besondere Einschränkungen der Vollmacht oder das Erlöschen der Vollmacht vor Abschluß des fraglichen Geschäfts behauptet. In gleicher Weise ist das Handeln im fremden Namen und innerhalb einer übertragenen Vollmacht Beweisthema, wenn der auf Erfüllung Beklagte zugibt, den klagebegründenden Vertrag abgeschlossen zu haben, aber Vertreter eines Dritten gewesen sein will. Denn der Beklagte leugnet hier keine der vom Kläger vorgetragenen Tatsachen, sondern er behauptet, daß der mit dem Kläger abgeschlossene Vertrag nicht unter den Vertragsteilen, sondern ausnahmsweise für und gegen den Vertretenen wirke; er behauptet damit den Tatbestand eines besonderen Rechtssatzes, des § 164 BGB., dessen Merkmale positiv feststehen müssen, damit seine rechtlichen Folgen, nämlich die Wirkung für und gegen den Vollmachtgeber, als eingetreten anerkannt werden können. Der Beklagte leugnet in diesem Falle nicht, daß er mit dem Kläger den Vertrag geschlossen habe — diesen tatsächlichen Zustand gibt er sogar zu —, sondern er leugnet die vom Kläger geltend gemachte Wirkung dieses Vorgangs, indem er behauptet, der Vertrag binde nicht ihn, sondern seinen Vollmachtgeber.

g) Der Grundsatz, daß jede Partei ohne Rücksicht auf ihre Parteirolle stets diejenigen Vertragsbestimmungen beweisen muß, auf denen der von ihr geltend gemachte Anspruch beruht, findet seine besondere Anwendung, wenn gegenüber der Klage aus einem zweiseitigen Vertrage der Beklagte die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erhebt und Streit darüber herrscht, ob die verlangte Gegenleistung versprochen worden ist. Der Kläger hat nur zu beweisen, daß sich die Parteien zu dieser Leistung und Gegenleistung verpflichtet haben. Stützt der Beklagte die Einrede des nicht erfüllten Vertrags und seinen Antrag auf Verurteilung zur Leistung Zug um Zug auf weitere Vereinbarungen der Parteien, so muß er diese beweisen. Genau so ist die Beweislast zu verteilen, wenn die von dem Beklagten geltend gemachte Abrede nicht selbständige Vertragsverpflichtungen betrifft, sondern das Objekt der Gegenleistung unmittelbar

berührt. Den Beklagten trifft namentlich die Beweislast, wenn er zwar zugibt, die bezeichnete Ware zu dem eingeklagten Preise gekauft zu haben, aber die Einrede des nicht erfüllten Vertrages damit begründet, es seien besondere Eigenschaften der Kaufsache verabredet worden.

2. *Martinius, AbürgR. **25** 149: Das sogen. qualifizierte Geständnis ist, bei Lichte betrachtet, in jedem Falle Geständnis, verknüpft mit der Behauptung einer neuen Tatsache, welche der Geständige, sofern sie seinen Antrag rechtfertigt, zu beweisen hat.

II. Aus der Praxis.

Beweislast beim qualifizierten Geständnis.

RG. JW. **03** 47; DJZ. **03** 127, SeuffA. **58** 312: Der Kläger, welcher seinen Anspruch auf eine Erklärung stützt, bezüglich welcher der Beklagte behauptet, sie sei nicht vollständig abgegeben, ist hinsichtlich des von ihm behaupteten beschränkten Inhalts der Erklärung beweispflichtig, sofern bei Berücksichtigung des vom Beklagten behaupteten vollständigen Inhalts der Klaganspruch sich als hinfällig darstellen würde. — Deshalb hat der klagende Mieter, welcher aus der ungenügenden Benutzbarkeit der Mieträume Rechte herleitet, gegenüber der Behauptung des beklagten Vermieters, daß er bei einem an sich unstreitigen Gespräch über die Benutzbarkeit der Räume Zusätze gemacht habe, in denen auf die nicht dauernde Benutzbarkeit der Räume hingewiesen sei, zu beweisen, daß Beklagter die Zusätze nicht gemacht habe.

§ 291. 1. *Rietsch, Handb. d. Urkundwissenschaft 409, 410: Es gibt eine allgemeine und eine beschränkte Offenkundigkeit. § 291 meint die erste, nur diese erspart den Beweis. Die beschränkte Offenkundigkeit erleichtert bloß den Beweis, sie gestattet an Stelle des auf Wahrnehmungen gestützten Wissens die Überzeugung als Grundlage zu nehmen, so bei der Identität, bei Verwandtschaftsverhältnissen. Die beschränkte Offenkundigkeit bezieht sich auf Tatsachen, die in einem Kreise von Personen als offenkundig und gewiß angenommen werden, ohne daß diese Personen die zugrunde liegenden Tatsachen wahrgenommen haben.

2. OLG. Dresden, SeuffA. **59** 344: Offenkundigkeit bedeutet das eigene, amtliche Wissen des Richters im Gegensatze zu seiner sich auf beigebrachte Beweise stützenden Überzeugung.

§ 293. 1. *Wörner, SächsA. **13** 21: Wegen Ermittelung des Rechtes, nach dem ein Eingeborener deutscher Schutzgebiete im Rechtsstreite vor deutschem Gerichte beurteilt wird; vgl. EGBGB. Art. 29.

2. Über den Beweis des örtlichen Gewohnheitsrechts handelt BayObLG., SeuffA. **59** 80.

§ 294. *Koppmann, JustizbRdsch. **04** 113 ff., insbes 131: Der Gerichtsschreiber ist zur Aufnahme einer eidesstattlichen Versicherung als Mittel der Glaubhaftmachung nicht befugt, wenn das Gericht nicht zuvor durch Beschluß angeordnet hat, daß die eidesstattliche Versicherung schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers abzugeben ist. Der Gerichtsschreiber kann nur das Erbieten zur Versicherung an Eidesstatt aufnehmen. Die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung steht ausschließlich im Ermessen des Gerichts, das bestimmen kann, in welcher Form die Versicherung abzugeben ist. Das folgt schon aus der Fassung des § 294 ZPO. „kann zugelassen werden" ➵ gegen Keidel, Handb. d. Verf. in Angeleg. d. Freiw. Ger. 33 ⇜. Eine zu Protokoll des Gerichtsschreibers abgegebene, nicht angeordnete eidesstattliche Versicherung fällt nicht unter § 156 StGB.

§ 297. **RG.** JW. **03** 48: Die Nichtverlesung eines Klagantrags in der mündlichen Verhandlung ist unschädlich, sofern der Beklagte ohne Beanstandung sich auf denselben eingelassen hat und der Vorderrichter über ihn entschieden hat.

§ 299. I. Literatur:

1. *Beckmann, SeuffBl. **04** 303 ff.: Die von den Parteien im Laufe des Prozesses zu den Gerichtsakten freiwillig übergebenen Urkunden werden nicht Bestandteile derselben und sind der Partei auf Verlangen jederzeit zurückzugeben; die für Bayern erlassene Geschäftsanweisung für die Gerichtsschreibereien der Amtsgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten 2c. nimmt zu Unrecht den entgegengesetzten Standpunkt ein.

2. Ermel, DJZ. **03** 427: Die Bestimmung des § 299 ist auch auf Akten im Zwangsvollstreckungsverfahren anzuwenden.

II. Aus der Praxis.

1. **RG.** JW. **03** 64: Die Parteien sind befugt, sich auch Abschriften aus Hilfsakten, welche den Prozeßakten beigefügt sind, erteilen zu lassen, da das Recht auf Abschrifterteilung auf gleicher Linie mit dem Rechte auf Akteneinsicht steht; das bezieht sich auch auf Aktenteile, welche den Verkehr des Gerichts mit dem Justizministerium betreffen, wenn diese nicht gesondert gehalten sind.

2. **RG.** JW. **04** 67: Im Sinne dieser Vorschrift gehören die zur Erledigung von Beweisbeschlüssen eingezogenen Beiakten nicht zu den Prozeßakten.

3. OLG. **9** 103 (KG.): Zu den Prozeßakten gehören nicht die zu denselben gelangten Akten der Parteien, Anwälte und sonstigen Beteiligten.

Zweiter Titel. Urteil.

Vorbemerkung: Aus der Literatur ist zum 2. Titel nur zu berichten von Hupkas Erörterungen zum prozessualen Anerkenntnis und Verzicht (zu §§ 306, 307), von einigen Bemerkungen zu § 322 — s. vor allen Ziff. I 1 Stölzel — und von dem Aufsatze Wolffs zu dem neuen § 323. — Um so zahlreicher ist die Judikatur geflossen, besonders zu den §§ 302—304, 313, 319 und 328.

§ 300. Gegen die Ansicht Stölzels, daß der Richter im Falle der Aufrechnung mit unbestrittner Gegenforderung die Klage ohne Beweiserhebung abweisen müsse, vgl. Geib, BuschsZ. **31** 385.

§§ 301 ff. **RG.** JW. **04** 364: Bei nicht bestrittener Klageforderung darf das OLG. den Anspruch nicht für gerechtfertigt erklären und die Entscheidung über die bestrittene Gegenforderung dem LG. überweisen.

§ 301. 1. **RG. 54** 137; JW. **03** Beil. 58: § 301 ist dadurch verletzt, daß, obwohl noch kein Teil des Klaganspruchs zur Endentscheidung reif, Teilurteil erlassen ist.

2. **RG. 51** 248 ff.: Es ist nicht unzulässig, gegen einen von mehreren in einer Klage auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Mitbeschädigern ein Teilurteil zu erlassen, es ist nicht erforderlich, daß dem Grunde nach über den ganzen geltend gemachten Anspruch erkannt werde (249).

3. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 235: Ein Teilurteil ist unzulässig, wenn es vor Entscheidungsreife, für welche die Lage der Sache zur Zeit der Urteilsfällung entscheidend ist, erging. — Der rechtliche Zusammenhang zwischen Klage und Widerklage steht der Zulässigkeit der Erlassung eines Teilurteils nicht entgegen, wohl aber ist Teilurteil dann unzulässig, wenn Klag- und Widerklaganspruch sich gegenseitig ausschließen.

§ 302. I. Abs. 1. 1. **RG. 57** 268, JW. **04** 260: Ist die Fälligkeit des ganzen Klaganspruchs von der Nichtzahlung einer Leistungsrate abhängig und wird vom Beklagten zur Begründung der Stundungseinrede die Tilgung der Rate durch Aufrechnung behauptet, so darf durch das Urteil nur der Aufrechnungseinwand — d. h. die Frage, ob die Klageforderung durch Aufrechnung ganz oder teilweise getilgt sei — dem Nachverfahren vorbehalten werden, nicht aber die Entscheidung über Fälligkeit des den aufgerechneten Teil übersteigenden Forde-

rungsbetrags; denn die Stundungseinrede ist ein anderer Verteidigungsbehelf, dessen Element die Behauptung der wirksam vollzogenen Aufrechnung bildet.

2. **RG.** JW. **03** 65: Der rechtliche Zusammenhang zwischen Forderung und Gegenforderung ist gegeben, wenn beide auf ein gemeinsames Rechtsverhältnis zurückzuführen sind oder in einem Bedingungsverhältnis zueinander stehen. Ableitung der Ansprüche aus demselben Vertrage begründet wenigstens der Regel nach rechtlichen Zusammenhang.

Nicht erforderlich ist völlige Identität des tatsächlichen oder rechtlichen Grundes der beiden Forderungen, notwendiger Zusammenhang zwischen beiden oder Gegenüberstehen als Leistung und Gegenleistung.

3. **RG. 57** 268, JW. **04** 260: Das Vorbehaltsurteil ist nur zulässig bis zum Betrage der Gegenforderung.

II. Ein Urteil über den Grund eines Anspruchs (§§ 304, 538 Nr. 3) kann auch „unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung" ergehen. Vgl. Schmidt-Barbeleben u. zu § 538 Nr. 3.

§ 303. 1. **RG.** JW. **03** 178: Urteil über Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache ist Zwischenurteil und daher nur gleichzeitig mit Endurteil anfechtbar. Hieran ändert nichts, daß das LG. rechtsirrtümlich den obigen Einwand als prozeßhindernde Einrede und deshalb sein Urteil als Endurteil betrachtet. Berufung ist daher unzulässig.

2. **RG.** JW. **03** 179: Ein Zwischenurteil, welches auf einen Eid für den Beklagten über einen von ihm erhobenen Einwand erkennt, und bei Eidesleistung die Klage abweist, bei Eidesweigerung feststellt, daß der Einwand unbegründet sei, ist nicht prozeßgerecht. Das OLG. ist in der Lage, das Urteil wegen dieses Mangels aufzuheben, kann aber auch in der Sache selbst erkennen.

3. **RG. 54** 341, JW. **03** 233: Die angefochtene Entscheidung stellt sich, obwohl sie sich als Zwischenurteil bezeichnet, als Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs gemäß § 304 Abs. 1 ZPO. dar. Revision daher zulässig.

Ein Streit über den Betrag liegt vor, wenn neben der geforderten Zurücknahme des Kaufgegenstandes der Betrag der zurückzuzahlenden Kaufsumme streitig ist.

4. **RG. 54** 120: Aufnahmestreit mit dem Konkursverwalter ist Zwischenstreit unter Parteien. Näheres o. Ziff. 3 zu § 240.

RG. JW. **03** 398 handelt von einem Urteil über die Aktivlegitimation des Konkursverwalters, das sich als ein Zwischenurteil nach § 303 darstellt.

5. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 196: Zwischenurteil über einen Anspruch vorbehaltlich der Entscheidung über die Verjährungseinrede ist zulässig.

OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 287: Unzulässig ist ein Urteil, welches je nach der Leistung oder Weigerung eines Eides End- oder Zwischenurteil sein soll.

§ 304. 1. **RG. 54** 341: Die Ansicht und Absicht des Richters, ein Zwischenurteil aus § 303 zu erlassen, ist für den rechtlichen Charakter der Entscheidung nicht maßgebend; dieser ist vielmehr lediglich aus ihr selbst, aus ihrem Inhalt zu entnehmen. Stellt sich die Entscheidung inhaltlich als eine Vorabentscheidung über den Grund eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs dar, so greift § 304 Abs. 1 ein (vgl. JDR. **1** Ziff. II 11, 14, 15).

Das ist der Fall, wenn auf die Klage auf Aufhebung des Kaufvertrags ein Zwischenurteil in der Fassung ergeht: „Der zwischen den Parteien geschlossene Kaufvertrag ist nichtig".

2. **RG. 54** 341: Für die Zulässigkeit einer Vorabentscheidung nach § 304 Abs. 1 genügt es, wenn neben der vom Kläger geforderten Zurücknahme eines

Kaufgegenstandes wegen Nichtigkeit des Kaufvertrags der Betrag der dagegen vom Beklagten zurückzuzahlenden Kaufsumme streitig ist.

3. **RG.** JW. **03** 6: Ist erst über die Begründung des dem erhobenen Anspruch entgegengestellten Gegenanspruchs zu entscheiden, so ist dies keine Entscheidung über den Betrag des dem Grunde nach anerkannten Anspruchs. Die Entscheidung über den Grund des Gegenanspruchs kann somit nicht in das Verfahren über den Betrag des für gerechtfertigt erkannten Anspruchs verwiesen werden. Steht überhaupt nicht fest, ob der Gegenanspruch noch etwas von dem Anspruch übrig lassen wird, so kann kein Urteil im Sinne des § 304 erlassen werden.

4. **RG.** JW. **04** 211, Gruchots Beitr. **48** 591: Bei der Vorabentscheidung über den Grund ist die Frage der Anwendung des § 254 BGB. mit zu entscheiden. Ebenso **RG.** JDR. **1** Ziff. II 5.

5. **RG.** JW. **04** 296: Verurteilung zum Schadensersatz ohne Summenangabe ist zulässig, wenn es sich nur um dessen Feststellung handelt.

6. **RG.** JW. **04** 296: Ein Anspruch im Sinne des § 304 wird mit der Erhebung eines Einwandes nicht geltend gemacht; die Entscheidung über dessen Grund allein ist ein richtiges Zwischenurteil (303).

7. a) **RG. 52** 27: Solange nicht über die Gegenforderung, welche der dem Grunde und dem Betrage nach bestrittenen Klage eventuell entgegengesetzt war, Entscheidung ergangen ist, ist der Klaganspruch nicht bloß dem Betrage nach, sondern auch dem Grunde nach streitig, weshalb über den letzteren eine Vorabentscheidung nach § 304 erst erlassen werden darf, wenn die Gegenforderung erledigt worden ist (28).

b) OLG. Colmar, ElsLothrZ. **29** 235: Für eine vor Rechtskraft der Vorab-Entscheidung über den Anspruch ergangene für vorläufig vollstreckbar erklärte Entscheidung zur Zahlung der Klagesumme darf die Vollstreckungsklausel nicht erteilt werden. Es würde zu Unzuträglichkeiten und Verwirrungen führen, wenn man das über die Höhe ergangene Urteil nicht als ein durch die Rechtskraft der Vorab-Entscheidung bedingtes behandeln würde.

9. a) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 822: § 304 schließt nicht aus, daß der Grund des Anspruchs in der Urteilsformel selbst durch Angabe der Tatsachen, aus denen er sich zusammensetzt, näher bestimmt und begrenzt wird, unter der Voraussetzung, daß diese Tatsachen endgültig feststehen.

b) **RG.** Gruchots Beitr. **47** 1167 ff., JW. **03** 239: Eine strenge und vollständige Scheidung zwischen den beiden nach § 304 zulässigen Verfahrensabschnitten läßt sich nicht durchführen, insbesondere in dem Nachverfahren über den Betrag des Schadens werden verschiedene zugleich die Entschädigungs*pflicht* mitberührende Umstände in Frage kommen können.

c) **RG.** R. **04** 363 Nr. 1666: In der Vorab-Entscheidung über den Grund des Anspruchs kann auch mit rechtlicher Wirkung zum Ausdrucke gebracht werden, nach welchen Gesichtspunkten der Anspruch, insbesondere ein Schadensersatzanspruch, zu berechnen ist, namentlich auch, inwieweit derselbe nicht begründet ist.

10. **RG.** JW. **04** 39: Wenn die Entscheidung über den Aufrechnungseinwand nach § 302 Abs. 2 vorbehalten worden ist, so kann über den Grund des Anspruchs nach § 304 entschieden werden. Vgl. auch **RG.** Gruchots Beitr. **47** 1162 ff.

Darüber, daß im allgemeinen ein Urteil nicht gleichzeitig als Zwischenurteil im Sinne des § 304 und als Vorbehaltsurteil im Sinne des § 302 erlassen werden kann, handelt OLG. Stuttgart, WürttJ. **15** 355.

11. RG. SächſA. **14** 500: Ein Zwiſchenurteil gemäß § 304 hat überhaupt keine Verurteilung des Beklagten zu enthalten, es ſcheidet nur einen qualitativen Teil des Streitſtoffs für die weitere Verhandlung aus. Der Unterſchied der Zwiſchenurteile aus §§ 303, 304 beſteht nur darin, daß letzteres ſelbſtändig der Rechtskraft fähig wird.

12. Darüber, ob für den nicht angefochtenen Teil Rechtskraft eintritt, wenn über den übrigen Teil vom Berufungsgericht durch ein Zwiſchenurteil nach § 304 entſchieden iſt, handelt RG. **56** 32ff. u. § 534.

13. Vgl. Schmidt=Bardeleben zu § 538 Nr. 3 unter Ziff. I a—d, III, IV.

§§ 306, 307. a) *Hegler, Beitr. z. L. v. prozeſſualem Anerkenntnis und Verzicht Teil 1: Der „Anſpruch", der anerkennt, auf den verzichtet wird, iſt der behauptete Leiſtungsanſpruch, das behauptete oder negierte Rechtsverhältnis, in bezug auf welches poſitive oder negative Feſtſtellung beantragt wird, das behauptete Recht auf Rechtsgeſtaltung. Dieſer „Anſpruch" muß einwendungslos anerkannt, auf ihn muß vorbehaltlos verzichtet werden, es dürfen alſo z. B. nicht Prozeßrügen erhoben werden, widrigenfalls kein Anerkenntnis, kein Verzicht i. S. der §§ 306, 307 ZPO. vorliegt. Die Wirkung dieſer Akte (z. B. betr. Prozeßvorausſetzungen) hat ihre Schranke da, wo der Richter im öffentlichen Intereſſe von Amts wegen prüfen muß.

b) *Hegler a. a. O. Teil 2: Prozeſſuales Anerkenntnis, prozeſſualer Verzicht ſind keine materiell=rechtlichen Rechtsgeſchäfte, materiell=rechtlichen Verfügungen. Dieſe Akte ſchaffen nicht gleich dem materiell=rechtlichen Anerkenntnis, negativen Anerkenntnis (§§ 781, 397 Abſ. 2 BGB.) einen ſelbſtändigen materiellen Rechtsgrund des Beſtehens bzw. Nichtbeſtehens eines materiellen Rechtsverhältniſſes. Ebenſowenig ſind ſie materielle Rechtsgeſchäfte, welche die Entſtehung, den Untergang, die Veränderung materieller Rechtsverhältniſſe herbeiführen. Endlich ſind ſie nicht materielle Rechtsgeſchäfte, welche Feſtſtellung der Exiſtenz oder Nichtexiſtenz materieller Rechtsverhältniſſe bewirkten. Vielmehr haben prozeſſuales Anerkenntnis, prozeſſualer Verzicht innerprozeſſuale Bedeutung, Bedeutung als Urteilsgrundlage, ſind Akte prozeſſualer Natur.

c) *Hegler a. a. O. Teil 3: Prozeſſuales Anerkenntnis, prozeſſualer Verzicht ſind ebenſowenig als das prozeſſuale Geſtändnis prozeſſuale Rechtsgeſchäfte oder prozeſſual wirkſame dispoſitive Willenserklärungen, weder „Feſtſtellungsakte" noch „Verzichtsakte". Ihre Wirkung iſt weiter ebenſowenig als die des prozeſſualen Geſtändniſſes zu erklären aus der Tatſache der Übereinſtimmung, der Einigkeit der Parteien. Prozeſſuales Anerkenntnis, prozeſſualer Verzicht, prozeſſuales Geſtändnis ſind vielmehr als Äußerungen des Nichtbeſtreitens, Nichtverneinens zu charakteriſieren, deren Wirkung (die Nichtprüfung) auf die Bedeutung eines ſtreitloſen Verhaltens des am Beſtreiten Intereſſierten und den daraus ſich ergebenden Schluß auf die Unbeſtreitbarkeit und Wahrheit des Nichtbeſtrittenen zurückzuführen iſt.

d) *Hegler a. a. O. Teil 3: Prozeſſuales Anerkenntnis, prozeſſualer Verzicht iſt nicht nach den Vorſchriften des bürgerlichen Rechtes anfechtbar, ebenſowenig iſt § 290 ZPO. hier entſprechend anwendbar, vielmehr iſt, da die lex lata nichts über den Widerruf beſtimmt, der Verſuch eines ſolchen vom Richter nach freiem Ermeſſen zu beurteilen.

§ 306. RG. SeuffA **59** 473 ff.: Im § 306 iſt für die Fälle, in denen vor dem Verzicht auf den Klaganſpruch ein bedingtes Endurteil ergangen und rechtskräftig geworden iſt, eine Ausnahme nicht gemacht. — Ein außerhalb des Prozeſſes erklärter Verzicht iſt nicht mit der im § 306 beſtimmten Wirkung ausgeſtattet, ſondern hat lediglich materiell=rechtliche Bedeutung und kann deshalb als

Prozeßstoff nur verwertet werden, wenn die jeweilige Lage des Prozesses die Geltendmachung noch gestattet (475).

§ 307. *Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 163, 200/202: Das Anerkenntnis des Anspruchs im Prozeß ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, im Gegensatze zu dem Anerkenntnisse, welches Vertrag (BGB. §§ 397, 781), und zu dem, welches bloße Vorstellungsäußerung ist (BGB. §§ 208, 1170). Vgl. Eltzbacher, JDR. **2** Ziff. 3 zu § 208 BGB.

§ 310. RG. JW. **03** 383: Mit der Verkündung wird das Urteil für den Richter, der es erläßt, unabänderlich. Fertig zur Zustellung wird es dagegen erst, wenn es in vollständiger Form abgefaßt und von allen Richtern, die bei der Entscheidung mitgewirkt haben, unterschrieben ist.

§ 313. I. Abs. 1. 1. Nr. 1. a) Selb, BadRpr. **03** 316: Es genügt die Firma der offenen Handelsgesellschaft bzw. Kommanditgesellschaft im Urteile zu bezeichnen, und bedarf nicht der Bezeichnung der mit sogenannter Vertretungsbefugnis ausgestatteten Gesellschafter, weil die Gesellschafter nicht die gesetzlichen Vertreter der Firma, sondern selbst die unter dieser Firma auftretende Partei sind. A. M. OLG. Hamburg, SeuffA. **56** 297.

Selb a. a. O. 316: Bei Einzelkaufleuten, welche unter ihrer Firma klagen und verklagt werden, ist die Benennung des Inhabers der Firma nicht zu verlangen.

b) LG. I Berlin, KGBl. **04** 46: Zur Bezeichnung der Partei im Urteile genügt die Firma. Es bedarf nicht der Feststellung, ob es sich um die Firma eines Einzelkaufmanns oder einer Gesellschaft handelt.

2. Nr. 3. Ungenügender Tatbestand.

a) RG. JW. **03** 48 handelt über die Voraussetzungen für die Bezugnahme auf vorbereitende Schriftsätze.

b) RG. JW. **04** 119, Puchelts Z. **35** 333, SächsA. **14** 498: Bezugnahme des Tatbestandes auf nach der letzten mündlichen Verhandlung eingereichte Schriftsätze ist unstatthaft.

c) RG. VI 19. 11. 03, **56** 28 ff., JW. **04** 67: Im Tatbestande des Urteils ist die Bezugnahme auf einen einem früheren Beweisbeschluß angehängten oder sonstwo in den Gerichtsakten enthaltenen sog. „Tatbestand“ unzulässig, weil die Parteien sich nicht brauchen auf ein bei den Akten befindliches Schriftstück verweisen zu lassen. Ebenso RG. JW. **04** 95, HansGerZ. **04** Beibl. 119.

d) RG. JW. **04** 364, Gruchots Beitr. **48** 1115, HansGerZ. **04** Beibl. 277: Es ist prozessual unzulässig, wenn in dem Tatbestande des Urteils Schriftstücke, deren Inbezugnahme zulässig ist, in einer Weise bei dieser Bezugnahme bezeichnet werden, daß sie von den Parteien, für die das Urteil bestimmt, nicht in ihrer Identität erkannt werden können (Bezeichnung nur nach Blattzahl der Gerichtsakten).

II. Abs. 2. 1. RG. JW. **04** 415: Ungenügender Tatbestand, wenn in solchem Umfange auf die vorbereitenden Schriftsätze Bezug genommen worden ist, daß eine Nachprüfung des Urteils unter dem Gesichtspunkte des § 286 unmöglich ist.

2. RG. **57** 149, JW. **04** 211: Das Gericht darf bei der Darstellung des Tatbestandes auf den Inhalt eines in derselben Instanz gemäß § 303 ergangenen Zwischenurteils Bezug nehmen, da dieses begrifflich nur ein vorweg genommener notwendiger Bestandteil des Endurteils ist, nach dem Gesetz ebenfalls einen Tatbestand haben und ausgehängt werden muß, auch bei ihm daher die Möglichkeit der Berichtigung des Tatbestandes gegeben ist (vgl. auch RG. JW. **04** 68).

3. RG. Gruchots Beitr. **48** 396: Wenn die gedrängte Sachdarstellung durch Bezugnahme auf Protokolle über das Ergebnis des vorbereitenden Verfahrens

vollständig ersetzt werden soll, so ist dies nur zulässig, wenn das Ergebnis des vorbereitenden Verfahrens seinem Zusammenhange nach unmittelbar aus den Protokollen derart zu entnehmen ist, daß die Übersicht über die Darstellung nicht verloren geht.

4. **RG.** 55 411 ff.: Der Tatbestand des Berufungsurteils muß klar erkennen lassen, inwieweit er auf dem Vertrage der Parteien beruht; er muß ersichtlich machen, welche Einreden der ersten Instanz als aufrecht erhalten oder nicht vorgetragen angesehen werden (413).

§ 314. **RG.** JW. **03** 65: Beweiskraft eines als Anlage zum Sitzungsprotokoll überreichten Schriftsatzes gegenüber dem Urteilstatbestande.

§ 315. Abs. 1. **RG.** JW. **03** 383: Die Richter, die nur an der Verkündung, nicht auch an der Entscheidung teilgenommen haben, sind nicht befugt, das Urteil zu unterschreiben; ihre Unterschrift ist völlig bedeutungslos.

RG. **58** 118 ff., JW. **04** 364 handelt über ein Urteil, das die Unterschrift eines Richters trägt, der dasselbe nach dem Sitzungsprotokolle nicht mit erlassen hat.

§ 316. Abs. 2. *Pöhl, MecklZ. **21** 171 ff.: Da die Bemerkung über den geschehenen Aushang nicht nur auf die Urschrift, sondern auch auf die Ausfertigungen und Abschriften des Urteils zu setzen ist, so entstehen Schwierigkeiten, wenn die Ausfertigungen oder Abschriften vor dem Aushang erteilt werden müssen. Als ein Ausweg, der die Absicht des Gesetzgebers und damit das Interesse der Parteien berücksichtigt, wird empfohlen, im gegebenen Falle auf den Ausfertigungen und Abschriften zu vermerken, daß der Aushang zur Zeit ihrer Erteilung noch nicht stattgefunden hat.

§ 317. Abs. 2. **RG.** JW. **03** 383: Die unter Verletzung dieser Vorschrift erteilte Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift bildet keine Grundlage für eine Zustellung. Die Zustellung ist wirkungslos.

RG. JW. **03** 383: Unterschrieben, d. h. von allen Richtern, die an der Entscheidung mitgewirkt haben. Die Unterschrift eines nur bei der Verkündung anwesenden Richters ist bedeutungslos.

§ 318. 1. **RG.** **58** 286, JW. **04** 474: Auch das RG. ist an seine in einem aufhebenden Urteil ausgesprochene Rechtsmeinung gebunden (vgl. **RG.** **51** 389).

2. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 1320 ff.: Neue Einwendungen sind zulässig, wenn sie das durch ein Zwischenurteil nicht Entschiedene betreffen.

3. Übereinstimmend mit der ständigen Praxis betont **RG.** JW. **03** 400, daß der Richter nur die frühere Entscheidung selbst, nicht auch deren Begründung seinem Endurteile zugrunde zu legen hat.

4. OLG. **6** 377 (Marienwerder): Vgl. oben Ziff. III zu § 275.

§ 319. I. Abs. 1. 1. **RG.** **55** 278 ff.: Liegt infolge Versehens eine Abweichung der in dem vollständigen Urteil enthaltenen Urteilsformel von der in das Protokoll aufgenommenen vor, so stellt sich das als eine Unrichtigkeit des Urteils dar, auf deren Berichtigung § 319 Anwendung findet (281).

2. **RG.** **55** 281: Auch eine Auslassung im Urteile kann eine einem Schreibfehler ähnliche offenbare Unrichtigkeit darstellen und demgemäß unter § 319 fallen.

KG., KGBl. **03** 110: Macht eine Partei aus Versehen unrichtige Angaben, so findet § 319 nur Anwendung, wenn die dadurch bewirkte Unrichtigkeit zugleich auf einem Mangel im Ausdrucke des vom Gerichte wirklich Gewollten beruht. Daher keine Berichtigung der Partei in einem Versäumnisurteile.

3. **RG.** JW. **03** 180: Bei Berichtigung des Urteils beginnt die Rechtsmittelfrist nicht erst mit Zustellung des Berichtigungsbeschlusses, sondern schon mit der Zustellung des ursprünglichen, unberichtigten Urteils.

4. **RG.** SeuffA. **59** 288: Wenn in einem Urteile die Urteilssumme und die Kostenverteilung nachträglich berichtigt wird, weil der Richter von einer zahlenmäßig unrichtigen Unterlage ausgegangen ist, so kann ein solches Verfahren noch als Rechnungsfehler im Sinne des § 319 betrachtet werden.

5. **RG.** JW. **03** 100: Die Urteilsberichtigung aus § 319 setzt, gleichviel wie weit äußerlich die Abänderung reicht, stets voraus, daß das Gericht das durch die Berichtigung zum Ausdrucke Gebrachte schon bei Erlaß der unrichtig gefaßten Entscheidung gewollt und sich damals nur im Ausdrucke vergriffen hat. Ebenso LG. Bückeburg, Buschs Z. **31** 57 ff.

6. OLG. **9** 103 u. 105, HansGerZ. **25** Beibl. 132 (Hamburg): Gemeint sind Irrtümer, die ein Versehen des Gerichts zur Grundlage haben und etwas als gewollt ausdrücken, was das Gericht nicht gewollt hat. Hierunter fallen also nicht Schreib- und Rechnungsfehler, die, weil in der Klage enthalten, in das Urteil gelangt sind. Die Berichtigung solcher Irrtümer (z. B. falsche Namensbezeichnung einer Partei) ist in der ZPO. nicht ausdrücklich geregelt, das Verfahren vielmehr der Praxis überlassen; gegen ihre Versagung ist Beschwerde gemäß § 567 zulässig.

7. LG. Gnesen, PosMschr. **03** 10: Wenn die Kostenentscheidung in den Gründen des Urteils erörtert ist, in der Formel aber fehlt, so ist § 319, nicht § 321 ZPO. zur Anwendung zu bringen.

Der den Berichtigungsanspruch zurückweisende Beschluß ist anfechtbar, wenn der erste Richter unter Verkennung der rechtlichen Voraussetzungen des § 319 die Anwendung dieser Bestimmung versagt, weil er den Tatbestand eines anderen Paragraphen der ZPO. für gegeben erachtet.

8. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 132: Nicht nur die Berichtigung von Urteilen, auch solche anderer gerichtlicher Aktenstücke, wie z. B. des Vergleichsprotokolls und der darin in Bezug genommenen Klageschrift ist zulässig.

9. Über die Frage, ob ein gemäß § 343 ergangenes Versäumnisurteil im Wege einer Berichtigung durch eine Entscheidung im Sinne des § 345 ersetzt werden kann, handelt SächsOLG **25** 82 ff.

II. Abs. 3. (JDR. **1** Ziff. 6.)

RG. JW. **03** 373: Die Beschwerde, bezüglich deren die erforderliche Beschwerdesumme gegeben ist, ist trotz der Bestimmung des Abs. 3 zulässig, weil diese lediglich den Ablehnungsbeschluß erster Instanz im Auge hat.

§ 321. 1. **RG.** JW. **03** 23: Die Entscheidung über einen übergangenen Anspruch kann nur durch Antrag auf Ergänzungsurteil, nicht durch Rechtsmittel herbeigeführt werden.

2. **RG.** JW. **03** 148: Haben die Hauptparteien in dem über den Rechtsstreit geschlossenen Vergleich keine Entscheidung über die Kosten der Nebenintervention getroffen, so hat der Nebenintervenient ein Recht auf gerichtliche Entscheidung über diese Kosten, da er ein Interesse an der Beschaffung eines für die Erlangung der Kostenerstattung erforderlichen Titels hat.

3. **RG.** JW. **03** 419: Die Vorschrift bzw. Ergänzung des Kostenpunkts bezieht sich auch auf die Kosten einer Nebenintervention. Der Nebenintervenient kann trotz der Erledigung des Rechtsstreits unter den Hauptparteien eine Entscheidung über die Kosten gemäß § 101 erwirken.

4. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 398 ff.: Anwendbarkeit des § 321, wenn eine Prozeßpartei in dem Urteile als solche nicht aufgeführt ist (402).

§ 322. I. Literatur (vgl. vor allem JDR. **1** Ziff. I).

1. *Stölzel, R. **04** 424 ff.: In Prozessen streitiger Klageforderung gegenüber anerkannter Gegenforderung ist „der durch die Klage erhobene Anspruch" der Anspruch, daß der Beklagte die Klageforderung bezahle, es müßte dann der

Kläger seine ursprüngliche Klagbitte umändern in die Bitte, das Nicht(mehr)bestehen der Gegenforderung oder (was dasselbe ist) das Entstandengewesensein der Klageforderung festzustellen.

Bei fehlender Umänderung ist in solchen Prozessen „der erhobene Klaganspruch" abzuweisen, weil er nach dem vom Kläger erklärten Anerkenntnisse der Gegenforderung (mag die Klageforderung bestanden haben oder nicht) unbegründet ist.

Diese Abweisung ist eine endgültige Abweisung „des erhobenen Klaganspruchs", gerade wie es eine endgültige Abweisung „des erhobenen Klaganspruchs" ist, wenn eine streitige Klageforderung sich als verjährt, als befristet, als mit Vorbehalt bezahlt herausstellt. Nur ist der Umfang der „Endgültigkeit einer solchen Abweisung ein weniger weiter, als bei Abweisungen einer wegen mangelnden Beweises ihres Entstandenseins abgewiesenen (wenngleich verjährten, befristeten oder mit Vorbehalt bezahlten) Klageforderung". Über diesen Umfang entscheiden die Urteilsgründe. Eine wegen Verjährung abgewiesene Forderung kann noch aufrechnungsweise, eine wegen Befristung abgewiesene kann nach Fristablauf noch klageweise, eine wegen erfolgter Vorbehaltszahlung abgewiesene kann noch gegenüber der Klage auf Rückzahlung einredeweise geltend gemacht werden; eine Forderung, deren Beweis laut eines Urteilselements mißlungen ist, kann überhaupt nicht mehr geltend gemacht werden: Der Umfang der Klagabweisung bestimmt sich nach dem Kern der richterlichen Entscheidung. Die Entscheidung über das Entstandensein der Klageforderung ist nicht dasselbe, wie die Entscheidung über den „in der Klage erhobenen Anspruch", d. h. die Entscheidung, ob derselbe ab- oder zuzuerkennen ist. Bei feststehendem, den Klaganspruch ausschließenden Tatbestand ist auch bei streitiger Klageforderung stets der Klaganspruch abzuweisen, ohne Beweiserhebung über die Klageforderung.

Dies gilt auch bei streitiger Klage- und anerkannter Gegenforderung. Hat der Kläger oder der Beklagte ein Interesse an der Beweisführung, ob Beklagter aus der Klageforderung — abgesehen von der Gegenforderung — zahlpflichtig war, so müssen die sachgemäßen Klaganträge gestellt, namentlich muß der Klagantrag, wie eingangs angedeutet, geändert werden.

§ 322 Abs. 2 bestimmt keinen, meist dem Interesse der einen oder der anderen Partei widerstreitenden (AzivPr. 95 19 ff.) Zwang, die bestrittene Klageforderung bei anerkannter Gegenforderung festzustellen, bestimmt vielmehr nur, daß eine etwa in klagabweisenden Urteilsgründen sich findende elementare Entscheidung über das Nichtbestehen der Gegenforderung quoad summam concurrentem rechtskraftfähig sei; eine solche Entscheidung ist für die Abweisung „des in der Klage erhobenen Anspruchs" bei streitiger Klage-, aber anerkannter Gegenforderung nicht geboten. Nirgends wird dem Richter, dem die Notwendigkeit der Abweisung des erhobenen Klaganspruchs bereits feststeht, zur Pflicht gemacht, zuvor erst Beweis über die Klageforderung zu erheben, um etwa die „völlige Wirkungslosigkeit der Klageforderung" festzustellen.

Der für die gegenteilige Lehre vom Reichsgericht neuerdings — in Widerspruch mit einer früheren unbeachtet gelassenen eigenen Entscheidung — aufgestellte Fundamentalsatz, es müsse vor Entscheidung über die Gegenforderung die Zahlpflicht des Beklagten erwiesen sein, — ein Satz, der auch mannigfach in der Wissenschaft Vertretung findet — versagt völlig in allen Fällen, in denen die Entscheidung über die eines Beweises nicht bedürftige Gegenforderung in den Gründen eines Erkenntnisses zu erfolgen hat, das die Entscheidung über die Zahlpflicht des Beklagten von der Leistung oder Verweigerung eines Eides abhängig macht.

2. *Hellwig, DJZ. 04 834 ff., 1074 ff.: Hat ein Urteil den Inhalt, daß es die Veränderung der bisherigen Rechtslage ausspricht (z. B. Ehescheidung Vernichtung einer Ehe), so wirkt die hierdurch hergestellte Rechtslage für und gegen alle. Dasselbe gilt auch bei sonstigen konstitutiven Rechtsakten sowohl der freiwilligen Gerichtsbarkeit (z. B. Entmündigung, Konkurseröffnung, Ausschlußurteil, Pfändung), wie der freiwilligen Gerichtsbarkeit. — Wird dieser auf Staatsakt beruhende Rechtszustand rückgängig gemacht (z. B. durch Vernichtung des Scheidungsurteils im Wiederaufnahmeverfahren), so hebt der frühere Rechtszustand ihn wieder auf und es wird so angesehen, als ob dieser niemals aufgehört habe. Aber diese Rückwirkung ist insoweit ausgeschlossen, als der Wiederherstellung Rechte entgegenstehen, welche Dritte auf Grund des Rechtszustandes erworben haben, der durch den vernichteten Staatsakt hergestellt war. Angewendet ist dieser Grundsatz z. B. in BGB. § 111 Abs. 1 Satz 2, § 1348 Abs. 2 Satz 2; generell ist er ausgesprochen im § 32 FGG. Also kann z. B. die geschiedene Ehe nicht wieder hergestellt werden, wenn ein geschiedener Ehegatte sich wieder verheiratet hat; die Aufhebung des Scheidungsurteils hat nur die Bedeutung, daß die Schuldigerklärung, die in ihm enthalten war, beseitigt wird. Wird die Konkurseröffnung als zu Unrecht geschehen aufgehoben, so verlieren die Dispositionen des Verwalters nicht ihre Wirkung.

3. *Kleinfeller, KrVJSchr. 45 48 ff.: Die Ausdehnung der Rechtskraft auf sogenannte Prozeßurteile ist weder rechtlich begründet noch entspricht sie einem praktischen Bedürfnisse.

4. *Meyer, R. 04 217: Wird auf Erteilung einer Vollstreckungsklausel gegen Miterben erkannt, weil sie unbeschränkt hafteten, indem sie weder Nachlaßverwaltung noch Nachlaßkonkurs hätten einleiten lassen, so wird dieser — unrichtige — Grund nicht rechtskräftig.

5. *Scherling, BuschsZ. 32 186 ff.: Ob der in der neuen Klage erhobene Anspruch mit dem in der alten Klage geltend gemachten übereinstimmt, ist nicht danach zu entscheiden, ob beide auf denselben Entstehungstatsachen beruhen oder aus demselben Rechtsverhältnisse hervorgehen, auch nicht danach, ob die Veränderungen wesentlich oder unwesentlich sind, endlich auch nicht danach, ob die veränderte Begründung in demselben Rechtsstreite dem Verbote der Klagänderung unterlegen haben würde. Nach den Zwecken, die die Rechtsordnung mit der Zulassung der Einrede der Rechtskraft verfolgt, ist diese Einrede vielmehr dann nicht begründet, wenn die in der zweiten Klage zur Begründung des Anspruchs vorgebrachten Tatsachen eine vom ersten Urteil abweichende rechtliche Beurteilung ermöglichen.

6. Vgl. auch *Schultzenstein, VerwA. 11 365—420 über die Rechtskraft im preußischen Verwaltungsstreitverfahren, von welchen Ausführungen manche auch mehr oder weniger Bedeutung für den Zivilprozeß haben.

II. Aus der Praxis.

1. RG. Gruchots Beitr. 48 1125: Rechtskraft kann nur eintreten, soweit das frühere Urteil den Streit entschieden hat, ein zurückgenommener, für erledigt erklärter Anspruch kann grundsätzlich jederzeit wieder mittels neuer Klage verfolgt werden.

2. RG. JW. 03 432: Dem aus dem rechtskräftigen Scheidungsurteil erwachsenden Anspruch der Ehefrau aus § 1578 BGB. kann nicht ohne Erhebung einer Restitutionsklage auf Grund einer angeblichen Verletzung der Eidespflicht der Ehefrau ein Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung entgegengestellt werden (vgl. jedoch RG. 46 75).

3. BayObLG., R. 04 578: Den gemäß §§ 304, 529, 540, 541, 599, 600 ZPO. unter Vorbehalt der Entscheidung über Einwendungen des Beklagten er-

lassenen Urteilen kommt, solange die vorbehaltene Entscheidung noch aussteht, Rechtskraft im Sinne des § 322 nicht zu.

4. OLG. **7** 53 (Hamburg): Die Rechtskraft eines Urteils, durch das der in Gütergemeinschaft lebende Ehemann verurteilt war, der Mutter seiner Frau Unterhalt zu zahlen, hindert den Mann nicht, nach Aufhebung der Gütergemeinschaft Klage auf Aufhebung des Urteils zu erheben.

5. Über die Möglichkeit der Einwendung gegen ein rechtskräftiges Urteil, durch das der Beklagte verurteilt ist, einen Vertrag zu erfüllen, vgl. OLG. **6** 399 (Hamburg).

6. OLG. Cassel, SeuffA. **59** 289: Unzulässig ist die Abweisung einer streitigen Klage auf Grund einer eventuellen Aufrechnungseinrede.

7. Über die Tragweite der Rechtskraft einer die Klage auf Nichtigerklärung eines Patents abweisenden Entscheidung handelt **RG.** SeuffA. **59** 117 ff.

§ 323. I. Literatur.

1. Allgemeines.

v. Schwartz, Billigkeitsurteil des § 829, 104 ff.: Prozessual betrachtet, ruht die Klage aus § 323 auf dem allgemeinen Grundsatze, daß die Urteilsrechtskraft sich nur bezieht auf die vor der Urteilsfällung entstandenen Grundlagen des Anspruchs. Die Klage selbst steht, soweit nachher Veränderung dieser Grundlagen eintritt, beiden Parteien zur Verfügung, und zwar beiden, je nach Bedürfnis, in der Form der Feststellungs- oder der Leistungsklage für die Zukunft, gerechnet vom Eintritte der Rechtshängigkeit ab. Materiell gründet sich die vom — zuvor abgewiesenen — Kläger neu erhobene Klage auf den inzwischen neu entstandenen Anspruch, während der früher verurteilte Beklagte die condictio ob causam finitam geltend macht als negative Feststellungsklage in bezug auf den ganzen Urteilsbetrag oder einen Teil desselben. Unrichtig wird die Klage als „Abänderungs-Umwandelungsklage" bezeichnet, aber eine Abänderung des rechtskräftigen Urteils — die überhaupt unmöglich — wird mit der Klagerhebung gar nicht erbeten: es soll vielmehr durch ein neues Urteil festgestellt werden, daß vom Eintritt der Rechtshängigkeit der neuen Klage ab dem früheren Urteile keine Rechtswirkung mehr beiwohnt, daß vielmehr das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien sich seitdem allein regelt nach Maßgabe des neuen, späteren Urteils (104). Das neue Urteil ist ein Feststellungsurteil im weiteren Sinne, das auch das „Leistungsurteil" umfaßt (105). (Vgl. dagegen Gaupp-Stein zu § 323.)

2. Abs. 1 und 2. v. Schwartz 74 ff.: Die Abs. 1 und 2 des § 323 sind keine Ausnahmebestimmungen — so die herrschende Lehre — heben vielmehr nur hervor, daß auch auf diese Urteile die allgemeinen Rechtskraftgrundsätze Anwendung finden (75).

3. Abs. 3. v. Schwartz a. a. O. 89 ff.: Allein im Abs. 3 ist Bedeutung und Zweck des ganzen Paragraphen umschlossen. Der Inhalt der beiden ersten Absätze wäre geltendes Recht, auch wenn sie nicht daständen (89). Die Vorschrift des Abs. 3 ist nicht nur zur Not zulässig, sie ist vielmehr nach allen Seiten gerechtfertigt, wenn sie nicht ausdrücklich gegeben wäre, so müßten wir sie nach den Grundsätzen unseres neuen bürgerlichen Rechtes dennoch zur Durchführung bringen (93). Sie weicht von den Bestimmungen des BGB. nur insofern ab, als sie das dort für Fälle der Unterhaltsrente aufgestellte Verbot der Rückforderung oder Nachforderung von Leistungen für die Vergangenheit auch ausdehnt auf die Fälle der Ersatzrente (100). Es handelt sich mithin um einen privatrechtlichen Satz, nicht um eine Prozeßvorschrift (96).

4. Verhältnis zu § 767. (JDR. **1** Ziff. I 2 und II 1.)

a) v. Schwartz a. a. O. 105 ff.: Die Vorschriften der §§ 323 und 767

stehen insofern einander gleich, als sie beide nur besondere Anwendungsfälle der allgemeinen Rechtskraftregel enthalten: der Regel nämlich, daß das Urteil nur über Bestehen oder Nichtbestehen des streitigen Anspruchs zur Zeit der Urteilsfällung entscheidet. Vgl. auch a. a. O. 70 ff.

b) *Wolff, JW. **04** 569: Durch die Einfügung des § 323 in die Novelle zur ZPO. ist für Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen die Anwendbarkeit des § 767 in allen denjenigen Fällen grundsätzlich ausgeschlossen worden, in denen die besonderen Voraussetzungen des § 323 gegeben sind. Gegen Gaupp-Stein.

Der § 323 ist ausdehnend dahin auszulegen, daß nicht nur ein verurteilendes, sondern auch ein abweisendes Erkenntnis mit einer neuen Klage wegen veränderter Umstände angefochten werden kann. Gegen Gaupp-Stein.

Die Klage aus § 323 ist auch dann zulässig, wenn das frühere Urteil auf Grund eines Anerkenntnisses des Beklagten ergangen ist.

II. Aus der Praxis.

1. OLG. **7** 111 (Jena): Die Klage des § 323 ZPO. setzt eine Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen voraus, sie findet also nicht statt, wenn die Verpflichtung zu solchen Leistungen durch Vertrag geregelt ist. Es besteht zwischen dem Urteil und dem Vergleich eine wesentliche Verschiedenheit, die es ausschließt, den § 323 auf Vergleiche anzuwenden.

Ob eine analoge Anwendung des § 323 auf Prozeßvergleiche statthaft ist, wird dahingestellt gelassen.

OLG. Königsberg, PosMschr. **03** 60, 61: Diese Bestimmung ist nur auf Urteile, nicht auch auf Vergleiche anwendbar. (Gaupp-Stein ZPO. zu § 323.)

2. Übergangszeit. (JDR. **1** Ziff. 4.)

OLG. **9** 106 (KG.): Auch auf die vor 1900 rechtskräftig zuerkannten Alimente anwendbar.

§ 325. 1. *Walsmann, Streitg. Nebeninterv. 132 ff.: Die Rechtskraft wirkt nur unter den Parteien in dem Sinne, daß grundsätzlich, was unter den Parteien rechtskräftig entschieden ist, nur für die Parteien gilt (gegen Mendelssohn-Bartholdy, Rechtskraft). Auch die Frage der Rechtskrafterstreckung gehört dem Prozeßrecht an, das. 137 f. § 325 Abs. 1 umfaßt keinen Fall der Rechtsnachfolge, der nicht auch unter § 265 (bzw. 266) fällt, das. 151 ff.

2. **RG.** SeuffA. **58** 173 (Hamburg): Beim Anspruch des Käufers auf Erfüllung des Kaufvertrags ist der Erwerber der verkauften Sachen nicht Rechtsnachfolger im Sinne des § 325. Im Streite befangen ist in diesem Falle nicht die Kaufsache, sondern allein der Anspruch.

3. Jacobi, DJZ. **04** 215: Der Schuldübernehmer ist nicht „Rechtsnachfolger“, weil er nicht in ein Aktivum, in ein Recht des Urschuldners, sondern in dessen Verbindlichkeit sukzediert.

4. Abs. 3. OLG. **9** 136 (Dresden); Die Rechtsnachfolge muß auch hier — wie in Abs. 1 — hinter der Rechtshängigkeit liegen, doch braucht letztere nicht bei Eintritt der Rechtsnachfolge fortzudauern. Der Kläger, welcher seinen Urteilsanspruch gegen den Vorbesitzer rechtzeitig angemeldet hat und dessen Beitritt zugelassen ist, kann das Urteil nach §§ 727, 730 gegen den Ersteher vollstrecken lassen. Seiner neuen Klage gegen denselben steht die Einrede der Rechtskraft entgegen, wenn er nicht ein berechtigtes Interesse an einer Verurteilung des Beklagten nachweist.

§ 328. I. Abs. 1. OLG. **6** 409 (Braunschweig): Nach österreichischem Rechte ist der Fakturengerichtsstand eine besondere Art des Gerichtsstandes des Erfüllungsorts und dann begründet unter Personen, welche ein Handelsgewerbe

betreiben, wenn eine zugleich mit oder vor der Absendung der Ware abgeschickte Faktura vom Empfänger unbeanstandet gelassen wird, sofern die Faktura einen den Erfüllungs- bzw. Klagort betreffenden Vermerk enthält. Da ein solcher Rechtssatz nach deutschem Rechte nicht besteht, so ist ein von einem nach diesem Satze zuständigen österreichischen Gericht erlassenes Urteil nicht zu vollstrecken. Denn ein Vollstreckungsurteil ist nicht zu erlassen, wenn der deutsche Richter findet, daß das ausländische Gericht, wenn es deutsche Zuständigkeitsnormen auf die ihm vorliegenden Tatsachen anzuwenden gehabt hätte, zur Verneinung der von ihm angenommenen Zuständigkeit gelangt wäre.

OLG. Stuttgart, WürttJ. **15** 160ff.: Wenn der inländische Staat die Urteile der Gerichte eines bestimmten auswärtigen Staates nicht anerkennt, kann es dem Inländer nicht zur Schuld gerechnet werden, wenn er dem Urteile zu unterwerfen sich weigert. Der Inländer ist auch nicht verpflichtet, dem obsiegenden Ausländer die von diesem in einem solchen Prozesse aufgewandten Kosten zu ersetzen, auch wenn das nachher von dem Ausländer angerufene inländische Gericht in seinem Urteile zum gleichen Ergebnisse gelangt, wie das zuerst angegangene ausländische Gericht.

II. Nr. 4. OLG. **6** 18 (Dresden): Die Anerkennung bezieht sich nicht nur auf die Zwangsvollstreckung im engeren Sinne (§ 722), sondern auch auf die Benutzung des Urteils als Grundlage für die Einschreibung in ein öffentliches Buch oder Register.

Dagegen heißt es in OLG. **7** 413 (KG.): Die Auffassung, daß für die Eintragung in das Standesregister ein deutsches Vollstreckungsurteil zu dem Urteile des ausländischen Gerichts hinzukommen müsse, ist sehr bedenklich. Der § 328 geht von der grundsätzlichen Anerkennung ausländischer Urteile aus. Im Hinblick hierauf kann der § 722 nur auf die in der ZPO. geordnete eigentliche Zwangsvollstreckung bezogen werden, er kann also dem Antrag auf Eintragung nicht entgegenstellt werden (412).

III. Nr. 5.

1. Über die zweifelhafte und in der Literatur streitige Frage, ob im Kanton Zürich die Gegenseitigkeit verbürgt ist, heißt es im OLG. **7** 288 (Hamburg): Der Züricher Richter ist zwar nicht verpflichtet, die Vollstreckung deutscher Urteile zuzulassen, er kann es nur. Es ist seinem Ermessen überlassen, und auch dann nur nach freier Würdigung aller Verhältnisse, und also auch in der Nachprüfung des materiellen Rechtes des fremden Urteils. Trotz dieser unzulänglichen Bestimmung ist aber die Gegenseitigkeit als verbürgt anzusehen, da die Züricher Gerichte, ohne eine Nachprüfung der deutschen Urteile vorzunehmen, die Vollstreckung zulassen.

2. OLG. Colmar, R. **04** 169: Die Vollstreckbarkeitserklärung eines Urteils des schweizer Bundesgerichts eines Aktes der Zentralgewalt und Rechtshoheit der Eidgenossenschaft ist nur zulässig, wenn in der Eidgenossenschaft — und nicht bloß in demjenigen Kantone, dessen Urteil der Nachprüfung des Bundesgerichts unterbreitet war — die Gegenseitigkeit verbürgt ist. Verbürgung der Gegenseitigkeit zwischen der Eidgenossenschaft und dem Deutschen Reiche besteht nicht, auch nicht zwischen ihm und dem Kanton Bern.

3. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 22: Es genügt auch die Übung der Gerichte, um die Gegenseitigkeit als verbürgt anzusehen. — Mit dem Kanton Zürich ist die Gegenseitigkeit verbürgt.

4. OLG. **9** 107 (Colmar): Es genügt nicht, daß die ausländischen Gerichte in Fällen der gerade vorliegenden Art vollstrecken würden, der Begriff der Gegenseitigkeit erheischt vielmehr gleiche Anerkennung der Rechtskraft sämt-

licher deutschen Gerichte, wie auch der Rechtsstreit gelagert gewesen sein mag, soweit nicht § 328 die Anerkennung ausschließt.

IV. Übergangszeit.

OLG. 7 411 (KG.): Der § 328 findet als Prozeßgesetz und öffentliches Recht vom 1. Januar 1900 auf ausländische Urteile Anwendung, ohne Unterschied, ob die ausländischen Urteile vor oder nach dem 1. Januar 1900 ergangen sind.

Dritter Titel. Versäumnisurteil.

§§ 330 ff. 1. *Blanckmeister, R. **03** 543 ff.: Wird die Erlassung eines Versäumnisurteils erst nach stattgehabter beiderseitiger Verhandlung beantragt, so ist die Zustellung der Klage nur dann zu prüfen, wenn festgestellt werden soll, daß eine in ihr enthaltene tatsächliche Behauptung oder ein in ihr enthaltener Antrag dem Beklagten mitgeteilt ist und sich nicht aus der Erinnerung des Gerichts oder dem Protokoll ermitteln läßt, daß sie bei der früheren Verhandlung in Gegenwart des Beklagten geltend gemacht sind.

2. *Walsmann, Streitgen. Nebenintervention 224 f.: Ist ein streitgenössischer Nebenintervenient anwesend im Termine, so darf trotz Säumnis der unterstützten Partei kein Versäumnisurteil ergehen. Gleiches gilt, wenn beide abwesend sind, aber in der Person eines derselben einer der in § 335 ZPO. aufgezählten Gründe zur Verweigerung des Versäumnisurteils vorliegt.

3. OLG. **9** 75 (Naumburg): Das beim Ausbleiben einer Partei ergehende Läuterungsurteil ist kein Versäumnisurteil, es verwirklicht Folgen der bedingten Entscheidung, nicht Versäumnisfolgen, beruht auf jener Entscheidung und nicht auf Versäumnis. Eingehende Literaturangaben a. a. O. 76.

§ 336. RG. 55 310 ff.: Gegen einen Beschluß, durch welchen der Antrag auf Erlassung eines Versäumnisurteils gegen einen von mehreren Streitgenossen abgelehnt worden ist, ist nach § 336 die Beschwerde zulässig, dann nur, falls es sich um die Entscheidung über einen quantitativen Teil des Klaganspruchs handelt, ist die Beschwerde unzulässig (311).

§ 339. Abs. 2.

RG. 57 334, JW. **04** 296: Wer im Auslande wohnt, kann nur auf eine einmalige Zustellung im Auslande rechnen und hat im übrigen selbst Vorsorge zu treffen, daß er durch die späteren Zustellungen im Inlande nicht geschädigt werde. Hat der verklagte Ausländer nicht rechtzeitig einen Prozeßbevollmächtigten bestellt oder einen Zustellungsbevollmächtigten benannt (§§ 174, 175), so erfolgen alle späteren Zustellungen wirksam durch Aufgabe zur Post und sind mit derselben, d. h. im Inlande, vollzogen. Es ist deshalb in diesem Falle keine Einspruchsfrist zu bestimmen.

§ 340. Abs. 1.

1. Über den Fall, daß der Einspruch von einem beim Prozeßgericht nicht zugelassenen Anwalt beglaubigt, vom Prozeßbevollmächtigten aber zugestellt ist, heißt es im OLG. **6** 393 (Rostock): Ein wesentliches Erfordernis der Zustellung des Einspruchs ist die Übergabe einer beglaubigten Abschrift. Die Beglaubigung geschieht in Anwaltsprozessen durch den Anwalt. Da die Zustellungen dem Anwaltszwange nicht unterliegen, so können sie auch durch einen bei dem Prozeßgerichte nicht zugelassenen Anwalt erfolgen. Der Auftrag zur Zustellung würde zugleich die Befugnis zur Vertretung in der Beglaubigung eingeräumt haben. Der Auftrag zur Beglaubigung allein reicht nicht aus. Ein solcher Einspruch ist unwirksam.

2. LG. Meiningen, ThürBl. **50** 130 ff.: Die Zustellung einer Einspruchsschrift, in welcher zu einem Termine geladen wird, den das Gericht später von Amts wegen bestimmen will, ist kein rechtsgültiger Einspruch.

Die Entscheidung des OLG. Hamburg, IDR. **1** Ziff. 2, über die Frage, ob Ladung zur mündlichen Verhandlung „über den Einspruch" genügt, findet sich jetzt auch Buschs Z. **31** 93 ff. mit kritischen Bemerkungen von Nöldecke.

§ 343. SächsOLG. **25** 82 ff. vgl. oben Ziff. I 9 zu § 319.

§ 345. OLG. Colmar, ElsLothrIZ. **29** 326: Die Anordnung der Beschränkung auf die Verhandlung über den Wiedereinsetzungsantrag hat nicht die rückwirkende Folge, daß ein derselben vorausgehendes Verhandeln des Beklagten zur Hauptsache unbeachtlich wird. Vielmehr erhält dasselbe dem Beklagten das Recht auf weiteren Einspruch auch dann, wenn er in dem der Wiedereinsetzungsverhandlung folgenden Termine zur Verhandlung der Hauptsache ausgeblieben ist.

Als Verhandeln zur Hauptsache gilt auch ein solches Verhandeln des Beklagten, das sich nicht auf Verlesen der Anträge beschränkt, sondern sich auf ein den Grund des Bestreitens der Klage erkennen lassendes Erbieten von Beweisen erstreckt.

Fünfter Titel. Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme.

§ 355. 1. *Meyer, DIZ. **03** 518/519: Referendare können mit Beweisaufnahmen beim Oberlandesgericht und Landgericht nicht beauftragt werden.

2. Abs. 2. **RG. 54** 60, IW. **03** 153: Unter diese Vorschrift fällt auch ein Beschluß, der zwar nicht die Verfügung über die Anordnung der Beweisaufnahme selbst trifft, der aber einen Antrag auf Abänderung der in einem früheren Beschlusse getroffenen Anordnung abweist.

Die Vorschrift erklärt jede Anfechtung des die Art der Beweisaufnahme betreffenden Beschlusses für ausgeschlossen, ohne daß zwischen den Fällen, wo nur nach Erwägungen der Zweckmäßigkeit richterliches Ermessen zu walten hätte, und den Fällen, wo gerade das in Frage stehen würde, ob Raum für die Anwendung solchen Ermessens gewesen sei, unterschieden würde.

§§ 358 ff. Die Frage, ob eine bedingte Anordnung einer Beweisaufnahme zulässig ist, wird von *Blanckmeister, R. **03** 22 ff. des näheren geprüft. Er verneint die Frage, abgesehen von dem Falle, daß die unbedingt angeordnete Beweisaufnahme, von deren Ausfall die weitere Beweisaufnahme abhängen soll, in der Leistung eines Eides besteht.

§ 359. Nr. 1 und 3: *Meyer, R. **04** 13—14, empfiehlt bei abweichenden Behauptungen der Parteien über denselben Vorfall einen Beweissatz zu machen und weist darauf hin, daß nicht die behauptende Partei namhaft zu machen ist, sondern die Partei, welche sich auf das Beweismittel berufen hat und warnt, bei der Ausführung des Beweisbeschlusses sich allzu ängstlich an den Wortlaut des Beschlusses zu halten.

§ 360. SächsOLG. **25** 469: Eine Beschwerde gegen einen den Beweisbeschluß ergänzenden Beschluß ist ebenso wie die Beschwerde gegen den Beweisbeschluß unzulässig.

§ 363. *Heuer, R. **04** 247: Es ist rechtlich unzulässig, die Ernennung im Auslande zu vernehmender Sachverständiger der gemäß § 363 um Aufnahme des Beweises ersuchten ausländischen Behörde zu überlassen. Die Ermächtigung zur Ernennung des Sachverständigen kann nach § 405 nur dem beauftragten Mitgliede des Prozeßgerichts oder dem gemäß § 158 GVG. zur Leistung der Rechtshilfe zuständigen, ersuchten deutschen Amtsgerichte erteilt werden.

Die Ernennung Sachverständiger durch ausländische Behörden würde auch das durch § 406 bei der Ablehnung Sachverständiger vorgeschriebene Verfahren unmöglich machen.

Einem gemäß § 363 Abs. 2 um die Aufnahme des Beweises ersuchten Reichskonsul kann dagegen die Ernennung von Sachverständigen aus dem Kreise der der deutschen Konsulargerichtsbarkeit unterworfenen Personen überlassen werden.

§ 369. **RG.** JW. **03** 25 handelt von einer nach ausländischem Rechte zulässigen Verweigerung des Sachverständigeneides aus religiösen Gründen; trotzdem ist diese Beweisaufnahme rechtswirksam.

Sechster Titel. Beweis durch Augenschein.

§ 371. *Gieseker, Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre (105 ff., 115 f.): Eine Augenscheinduldungspflicht der Partei oder Dritter besteht nicht.

§ 372. **RG.** JW. **03** 26: Die Partei kann zu einer körperlichen Untersuchung nicht gezwungen werden, auch nicht in Ehesachen.

Siebenter Titel. Zeugenbeweis.

Vorbemerkung: Zahlreiche theoretisch interessante, wie praktisch wichtige Fragen sind aus den Berichtsjahren zu diesem Titel zu referieren gewesen. Hierher gehört zunächst die Streitfrage, wie sich das Gericht gegenüber einer von einem ausgebliebenen Zeugen beigebrachten Entschuldigung gegenüber zu verhalten hat. Den vom RG. aufgestellten Sätzen (zu § 380) ist beizustimmen, insbesondere insoweit, als ausgeführt wird, daß von dem Zeugen nicht verlangt werden könne, daß er seinerseits zur Glaubhaftmachung seiner Entschuldigung Kosten aufwende. Ferner sind hervorzuheben die vielen Kontroversen, die sich an das Zeugnisverweigerungsrecht anknüpfen, das Verweigerungsrecht der katholischen Geistlichen, der Ärzte, Rechtsanwälte, sowie einer Gruppe von Personen, welche in der Großstadt besonders in Ehesachen eine immer größere Rolle zu spielen beginnen, der Detektivs.

§§ 373 ff. *Walsmann, Streitgen. Nebenintervention 227 f.: Der streitgenössische Nebenintervenient kann nicht als Zeuge vernommen werden.

§ 376. 1. Abs. 1. **RG. 54** 1: Die Erteilung der Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde entbindet den Zeugen nicht, von seinem Rechte zur Zeugnisverweigerung auf Grund des § 383 Abs. 1 Nr. 5.

2. Abs. 2. OLG. Braunschweig, R. **04** 528: Für die Frage, ob die Versagung der Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde zur Zeugnisablegung anfechtbar sei, ist das Staatsrecht des Staates dieser Behörde maßgebend. Eine etwa zulässige Beschwerde steht nicht dem Prozeßgericht, obwohl die Einholung der Genehmigung in seine Hand gelegt ist, sondern nur der Partei zu.

3. Abs. 3. OLG. **9** 72, KGBl. **04** 63 ff. (KG.): Wenn die Pflicht eines Zeugen zur Amtsverschwiegenheit vorliegt, so muß das Prozeßgericht die Genehmigung einholen, auch wenn die privaten Beteiligten den Zeugen der Schweigepflicht entbunden haben und die Voraussetzungen des Abs. 2 nicht vorliegen.

4. Über die Genehmigung bei Notaren s. u. Ziff. 3c zu § 385.

§ 379. Abs. 2. BayObLG. **4** 800: Die im Abs. 2 ausgesprochene Folge der Säumnis in der Hinterlegung des Gebührenvorschusses kann nicht dadurch abgewendet werden, daß der Beweisantrag wiederholt wird.

§ 380. Ausbleiben eines Zeugen (s. auch unten Ziff. 1 zu § 401).

RG. 54 430 ff.: Die Wahrheit über eine von einem ausgebliebenen Zeugen vorgebrachte Entschuldigung ist event. durch Erhebung des angetretenen Beweises zu ermitteln. Die Analogie eines eigentlichen Strafverfahrens ist hier maßgebend.

RG. 56 79 ff., JW. **04** 68: Der Zeuge ist nicht verpflichtet, seinerseits Kosten auszulegen, um seine Entschuldigung glaubhaft zu machen, z. B. durch

Beibringung eines Physikatsattestes. Das Gericht hat die Wahrheit von Amts wegen zu ermitteln (81).

§ 383. 1. Zeugnisverweigerung im allgemeinen (JDR. **1** Ziff. 1).

A. Aus der Praxis.

a) **RG.** JW. **03** 49: Die Gründe für das Zeugnisverweigerungsrecht müssen in dem Zeitpunkte gegeben sein, in welchem von dem Rechte Gebrauch gemacht wird. Tatsachen, deren Geheimhaltung bei Prozeßbeginn oder beim Streitigwerden gerechtfertigt war, geben zur Zeugnisverweigerung keinen Anlaß mehr, wenn ihre Geheimhaltung zur Zeit der Zeugenvernehmung nicht mehr erforderlich ist.

b) **RG.** JW. **03** 241: Die Voraussetzung für die Vernehmung eines zur Zeugnisweigerung berechtigten Zeugen bildet seine Bereitwilligkeit zur Vernehmung. Ob Bereitwilligkeit vorliegt, ist insbesondere auch dann zu prüfen, wenn dem Zeugen sein Weigerungsrecht nicht begreiflich zu machen ist.

B. Literatur.

a) *Simonson, DJZ. **04** 1014: Die herrschende, sich vorwiegend auf Olshausen stützende Ansicht, daß der von seinem Zeugnisverweigerungsrecht nicht Gebrauch machende und daher aussagende Arzt nicht unbefugt im Sinne des § 300 RStGB. handle, wird an der Hand der Entstehungsgeschichte des § 383 ZPO. und § 152 StPO. bekämpft und die Auffassung vertreten, daß der Gesetzgeber lediglich dem Arzte die Entscheidung darüber habe überlassen wollen, ob er aussagen wolle, ohne indessen damit seine Aussage für straffrei zu erklären. Denn die Begründung des Entw. der ZPO. erachtet eine allgemeine Bestimmung, die dort bezeichneten Personen als testes inhabiles zu bezeichnen, als entbehrlich, weil das Strafgesetz gegen deren Indiskretionen genügend sichere. Umgekehrt wurde das Zeugnisverweigerungsrecht erst in der Kommission I. Lesung in die StPO. aufgenommen mit der Begründung, daß der Arzt gerade wegen der Strafandrohung des § 300 RStGB. von der allgemeinen Zeugnispflicht befreit bleiben solle, um ihm die Stellung des Vertrauensmanns zu erhalten. Der Arzt, der von seinem Zeugnisverweigerungsrechte keinen Gebrauch macht, handelt daher stets auf seine Gefahr.

b) *Gieske r, Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre 100 ff.: Insofern die Personen, welche zeugnisverweigerungsberechtigt sind, zur Geheimniswahrung verpflichtet sind, also spez. die in §§ 383 Ziff. 4 u. 5, 384 Ziff. 3 genannten, besteht für sie Zeugnisverweigerungspflicht.

2. Nr. 4. Katholischer Geistlicher (JDR **1** Ziff. 3).

a) *Mode, A. f. kath. Kirchenrecht **82** 476 ff., **83** 41 ff. (Beichtsiegel und Zeugnispflicht nach den Reichsprozeßordnungen): Der Beichtvater kann vor seiner Vernehmung die allgemeine Erklärung abgeben, daß er darüber, was ihm etwa in der Beichte anvertraut worden ist, eine Aussage nicht machen, sondern nur abgesehen hiervon Zeugnis ablegen werde; alsdann kann er so aussagen, wie wenn er von dem ihm in der Beichte Anvertrauten überhaupt nichts wüßte. Er kann also, wenn eine Partei ihm eine Mitteilung nur in der Beichte gemacht hatte, auf die Frage, was die Partei ihm mitgeteilt habe, mit „nichts" und auf die Frage, ob ihm die Partei diese Mitteilung gemacht habe, mit „nein" antworten; er braucht nicht noch einmal formell sein Zeugnis zu verweigern und das Gericht dadurch in die Lage zu setzen, aus der Zeugnisverweigerung Schlüsse zu ziehen. Da die gesamte Aussage des Zeugen unter dem im Anfange erklärten Vorbehalte gemacht wird: „abgesehen von dem in der Beichte Anvertrauten", so sagt der Zeuge mit dem „nichts" und dem „nein" nichts Falsches. Bei einer derartigen Handhabung des Zeugnisverweigerungsrechts gewährt die Zivilprozeßordnung — da eine unmittelbare Frage nach dem in der Beichte

Anvertrauten durch § 383 Abs. 3 verboten ist — dem Beichtgeheimnis hinreichenden Schutz.

b) Sintenis, DJZ. **03** 120: Über die Tatsache der Hingabe von Geldsummen an ihn kann der Geistliche sein Zeugnis nicht verweigern.

3. Nr. 5. a) Anvertraut (JDR. **1** Ziff. 4).

α. **RG. 54** 360: Unter „anvertrauten" Tatsachen sind nicht bloß solche Tatsachen zu verstehen, die dem Zeugen von den Beteiligten direkt mitgeteilt sind; es genügt, daß der Zeuge in der seine Verpflichtung zur Verschwiegenheit bedingenden Eigenschaft (Amt, Stand, Gewerbe) und Tätigkeit davon Kenntnis erhalten hat.

β. **RG. 54** 1: Ein Anvertrautsein im Sinne der Nr. 5 wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Partei gesetzlich gezwungen gewesen ist, die Zeugen zur Wahrnehmung der Tatsachen, über die sie vernommen werden sollen, zuzulassen. Die Freiwilligkeit der Zugänglichkeit des Anzuvertrauenden ist kein wesentliches Begriffsmerkmal des Anvertrautseins. (Es handelt sich um die Wahrnehmung eines Fabrikaufsichtsbeamten.)

γ. OLG. **9** 137, KGBl. **03** 56 (KG.): Anvertraute Tatsachen sind nicht nur solche, von denen man durch direkte Mitteilung der Beteiligten Kenntnis erhielt, sondern auch solche, welche jemand durch eigene Beobachtung vermöge seiner Sachkunde wahrnimmt, deren Wahrnehmung durch die Vertrauensstellung, die jemand einnimmt, bedingt und veranlaßt sind.

δ. **RG. 54** 1 ff.: Ein Anvertrautsein im Sinne der Nr. 5 wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Partei gesetzlich gezwungen gewesen ist, den Zeugen zur Wahrnehmung der Tatsachen, über die er vernommen werden soll, zuzulassen.

b) Zeugnisverweigerungsrecht der Rechtsanwälte, Notare, Prozeßagenten und Bureauvorsteher (JDR. **1** Ziff. 4b).

α. *Jastrow, Form.Buch (14) I 145 PrFGG. Art. 90 Anm. 3e: Die hier genannten Personen (insbesondere auch die preußischen Notare) sind zur Verweigerung des Zeugnisses nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet (s. Gieser o. Ziff. 1 B b).

β. OLG. **6** 128 (KG.): Die Verpflichtung des Notars zur Verschwiegenheit kann sich nur auf positive Tatsachen, deren Geheimhaltung ihm geboten ist, beziehen, nicht aber auch auf das Nichtvorliegen von Tatsachen, die an sich mit seiner Schweigepflicht nichts zu tun haben, also nicht auf die Tatsache, daß bei Aufnahme des Notariatsakts eine bestimmte Äußerung nicht gefallen sei. Eine solche vom Notar nicht gehörte Tatsache kann nicht als „anvertraut" gelten.

γ. Über den Umfang des Zeugnisverweigerungsrechts des Notars **RG. 53** 168; JW. **03** 48. — Daß die betreffenden Tatsachen dem Notar von den Beteiligten direkt mitgeteilt worden sind, ist nicht erforderlich, es genügt, daß er davon in seiner amtlichen Tätigkeit Kenntnis genommen hat.

δ. OLG. Colmar, ElsLothJZ. **29** 452: Verpflichtung zur Verschwiegenheit erstreckt sich bei einem Notar nur auf die ihm in seiner Vertrauensstellung bekannt gewordenen Tatsachen, nicht auf solche Äußerungen, die an Orten und unter Umständen gefallen sind, aus denen zu entnehmen, daß sie nicht als ein Geheimnis zu betrachten.

ε. Über den Umfang des Zeugnisverweigerungsrechts des Anwalts KGBl. **03** 56 ff.

ζ. **RG. 54** 360, JW. **03** 240: Hierher gehört auch der Bureauvorsteher eines Notars. Da der Notar nach Art. 90 PrFGG. die Verpflichtung zur Verschwiegenheit hat, so hat er auch nach Möglichkeit dafür Sorge zu tragen, daß diejenigen Personen, deren er sich bei Ausübung seines Amtes als Gehilfe bedient und bedienen darf, die gleiche Verschwiegenheit beobachten, und er wird

ihnen eine entsprechende Verpflichtung auferlegen, die dann unmittelbar aus dem zwischen ihnen und dem Notar bestehenden Dienstverhältnis, also aus ihrem Berufe und Gewerbe entspringt.

η. OLG. Colmar, ElsLothNotZ. **24** 99: Verpflichtung zur Wahrung des Privatgeheimnisses für Notare.

ϑ. *Sontag, JW. **03** 338ff.: Das Zeugnisverweigerungsrecht des § 383 Nr. 5 ZPO. steht zwar den Prozeßagenten und Rechtskonsulenten auch zu, aber nicht in dem gleichen Umfange, wie den Anwälten. Für diese ist durch die Reichsgerichtsjudikatur mit Rücksicht auf die besondere Vertrauensstellung, welche sie einnehmen, das Zeugnisverweigerungsrecht soweit ausgedehnt, daß ihnen als „anvertraut" gelten alle Tatsachen, welche ihnen in dieser ihrer Eigenschaft von der Partei mitgeteilt werden, ja sogar alle Tatsachen, welche von ihnen innerhalb der ihnen übertragenen Geschäftsführung wahrgenommen werden, soweit ein erkennbares Interesse der Partei an der Geheimhaltung solcher Wahrnehmungen besteht und ihre Geheimhaltung durch die Natur der Sache geboten ist.

Die Rechtskonsulenten, auch die Prozeßagenten, besitzen eine gleiche Vertrauensstellung nicht, und deshalb ist ihr Zeugnisverweigerungsrecht nur auf die Tatsachen zu erstrecken, die ihnen mit dem Verlangen mitgeteilt sind, sie sollen sie als Privatgeheimnis betrachten, sofern noch hinzukommt, daß die Geheimhaltung dieser Tatsachen durch ihre Natur geboten ist. Daher muß, soweit es sich um Mitteilungen an Rechtskonsulenten handelt, in eine Prüfung der Qualität der mitgeteilten Tatsachen und der Umstände, unter denen sie mitgeteilt werden, eingetreten werden, um festzustellen, ob ein mindestens stillschweigendes Verlangen nach Geheimhaltung vorliegt, während bei den Rechtsanwälten eo ipso das Anvertrautsein auf Grund der Vertrauensstellung unterstellt wird.

c) Zeugnisverweigerungsrecht der Inhaber von Auskunftsbureaus (vgl. JDR. **1** Ziff. 2c zu § 384).

α. Pels, UnlW. **04** 33: Der Inhaber einer Auskunftei oder dessen Hilfskraft ist, als Zeuge über eine von ihm erteilte Auskunft befragt, zur Zeugnisverweigerung gemäß vorstehender gesetzlicher Bestimmungen berechtigt. Durch Beantwortung der Frage, bei wem die Einzelheiten der Auskunft eingeholt, müßte sich der Auskunfteiinhaber und dessen Hilfskraft einer schweren Indiskretion gegenüber ihren Vertrauenspersonen schuldig machen, hierin liegt ein, den Betrieb und Gewerbe bedingendes, ein Gewerbegeheimnis im eminenten Sinne vor.

β. **RG. 53** 15: Der Inhaber eines Auskunftsbureaus ist berechtigt, sein Zeugnis darüber zu verweigern, welcher Personen er sich zur Einziehung von Nachrichten bediene, und von wem eine bestimmte durch das Bureau anderen mitgeteilte Auskunft herrühre.

Indem das Gesetz das Recht der Zeugnisverweigerung den Personen, denen kraft ihres Gewerbes Tatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch deren Natur geboten ist, nur in betreff derjenigen Tatsachen zugesteht, auf welche sich die Verpflichtung zur Verschwiegenheit bezieht, faßt es den Fall ins Auge, daß jemandem vermöge seines Gewerbes eine Mehrheit von Tatsachen anvertraut ist, bezüglich deren die Verpflichtung zur Geheimhaltung aber nur für einen Teil besteht. Dieser Fall liegt vor, wenn der für ein Auskunftsbureau tätig werdende diesem zwar das Ergebnis seiner Nachforschungen mit dem Willen, daß es auch anderen bekannt gegeben werde, mitteilt, nach ausdrücklicher Abrede oder nach einer von den Beteiligten für ihre Beziehungen zueinander als maßgebend angesehen berechtigten Verkehrssitte aber die Person dessen, der die Nachforschung angestellt hat, bzw. auch die Namen derer, die er der Auskunftsstelle als seine Gewährsmänner benennt, geheim gehalten werden sollen. Weder der Wortlaut

des Gesetzes, noch die Natur der Sache stehen der Annahme entgegen, daß in solchem Falle bezüglich dieses Teiles der dem Inhaber des Bureaus bekannten Tatsachen das Zeugnisverweigerungsrecht bestehen solle.

d) Einzelheiten.

α. **RG. 54** 1: Die Verschwiegenheitspflicht des § 139b GewO. ist eine Sondervorschrift der im § 383 Nr. 5 vorausgesetzten Art.

β. OLG. Zweibrücken, Puchelts Z. **34** 160: Die Fassung der Nr. 5 schließt nicht aus, unter dieselbe auch die den Geistlichen von ihren Amtsvorgängern in seelsorgerischen Angelegenheiten kraft ihres Standes als Seelsorger anvertrauten Tatsachen zu begreifen.

Über die Frage, ob das Recht eines Arztes, nach Maßgabe der Nr. 5 sein Zeugnis zu verweigern, hinter einer höheren sittlichen Pflicht zurückzutreten hat, **RG. 53** 315 ff. Diese Frage wird im allgemeinen bejaht (317), im Einzelfalle aber ein Abwiegen zwischen der Verschwiegenheitspflicht und der in Betracht kommenden sittlichen Pflicht für erforderlich erachtet (318).

γ. **RG. 53** 40, JW. **03** 6: Die Anführung bestimmer Kategorien im § 383 Nr. 5, sowie die Begründung des Entwurfes der ZPO. lassen klar erkennen, daß die Vorschrift des § 383 Nr. 5, welche als Ausnahmebestimmung von dem Grundsatze der allgemeinen Zeugnispflicht nicht ausdehnend ausgelegt werden darf, auf die Klassen derjenigen Personen beschränkt werden muß, welche dem Publikum gegenüber eine ähnliche amtliche oder berufsmäßige Vertrauensstellung einnehmen, wie die der besonders namhaft gemachten Kategorien, d. h. eine Stellung, zufolge deren einerseits das Publikum in die Lage kommt, ihnen Geheimnisse anvertrauen zu müssen, andererseits eine entsprechende Pflicht zur Verschwiegenheit besteht.

Eine derartige Vertrauensstellung gegenüber dem Publikum nimmt ein Geschäftsmann nicht ein, wenn sich sein Gewerbebetrieb auf die Herstellung oder auf den Umsatz von dem allgemeinen Gebrauche dienenden Waren bezieht und seiner Natur nach das Anvertrauen irgendwelcher Geheimnisse der Käufer nicht bedingt. Daher kann auch von einer Vertrauensstellung der im § 383 Nr. 5 vorausgesetzten Art nicht bei Angestellten in einem solchen kaufmännischen Geschäfte die Rede sein, da sie, auch wenn sie in die Geschäftsgeheimnisse ihres Prinzipals eingeweiht werden, doch in keiner Weise berufen sind, Geheimnisse des Publikums zu bewahren.

4. Abs. 3. *Mode a. a. O.: Der Sinn des § 383 Abs. 3 ist nicht der, daß der Richter nur solche Fragen nicht stellen soll, die der Zeuge im konkreten Falle ohne Verletzung der Verpflichtung zur Verschwiegenheit nicht beantworten kann, so daß der Zeuge stets dann antworten müßte, wenn er die Frage verneinend beantworten könnte; sondern es genügt, wenn aus den Tatsachen erhellt, daß ein Zeugnis, d. h. nicht das konkret verlangte Zeugnis, die Antwort auf die konkrete Frage, sondern überhaupt ein Zeugnis über jene Tatsachen, eine jene Tatsachen berührende Aussage notwendigerweise die Verschwiegenheitspflicht verletzen würde; es genügt, daß es sich um Tatsachen handelt, die von dem Richter ohne weiteres als solche erkannt werden können, welche unter das Zeugnisverweigerungsrecht fallen.

§ 384. 1. Nr. 2. Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung. (JDR. **1** Ziff. 1 a.)

RG. JW. **03** 241: Gefahr der strafrechtlichen Verfolgung ist dann vorhanden, wenn eine Straftat noch nicht soweit in der Vergangenheit liegt, daß ihre Verfolgung wegen Verjährung nach den Umständen des Falles und mit Rücksicht auf die gesetzliche Verjährungszeit als ausgeschlossen zu betrachten ist.

2. Nr. 3. a) **RG. 53** 40; JW. **03** 6: Der § 384 Nr. 3 unterliegt als Ausnahmebestimmung strenger Auslegung. Es muß sich um solche Geheimnisse bei der Ausübung einer Kunst oder bei einem Betriebe eines Gewerbes handeln, an deren Geheimhaltung ihrer Natur nach derjenige, der die Kunst ausübt oder das Gewerbe betreibt, ein aus den Umständen erkennbares Interesse hat. Zu dem Gewerbegeheimnis in diesem Sinne sind aber die Preise, zu denen eine Fabrik Räder und Zubehörteile verkauft, nicht zu rechnen. Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß die Preise nicht allen Kunden gleich, sondern je nach Verschiedenheit der Verhältnisse den einzelnen Kunden verschieden bestimmt werden.

b) Gewerbegeheimnis. (JDR. **1** Ziff. 2.)

RG. 54 323, JW. **03** 241: Aus dem Ausdrucke Gewerbegeheimnis, dem Zwecke und dem Charakter der Vorschrift der Nr. 3 als einer die Regel der allgemeinen Zeugnispflicht durchbrechenden Ausnahmebestimmung ist zu schließen, daß eine Tatsache nur unter der Voraussetzung als ein Gewerbegeheimnis im Sinne dieser Vorschrift betrachtet werden kann, daß der Zeuge oder ein anderer, dem gegenüber der Zeuge zur Geheimhaltung der Tatsache verpflichtet ist, zur Zeit der Vernehmung ein erhebliches und unmittelbares gewerbliches Interesse an der Nichtoffenbarung der Tatsache hat, was für jeden einzelnen Fall der Würdigung der Gerichte unterliegt, denn eine Tatsache, an deren Geheimhaltung ein erhebliches Interesse von Anfang an nicht bestanden hat oder wenigstens nicht mehr besteht, pflegt auch im gewöhnlichen Leben nicht als Geheimnis angesehen zu werden. Demgemäß ist auch die Frage, was als Gewerbegeheimnis im Sinne der Nr. 3 zu betrachten ist, auf Grund der zur Zeit der Zeugenvernehmung vorliegenden konkreten Sachlage zu entscheiden.

c) *Gieseker, Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre 100: In Nr. 3 sind nicht nur Fabrik-, sondern auch Geschäftsgeheimnisse geschützt.

§ 385. 1. Nr. 3. a) **RG.** JW. **03** 24: Nr. 3 ist nur anwendbar, wenn die zum Beweise gestellte Tatsache mit einer durch das Familienverhältnis bedingten Vermögensangelegenheit in einem tatsächlichen Zusammenhange steht, der für die Wissenschaft des Zeugen von Bedeutung sein kann; es genügt nicht, daß sie in einer solchen Angelegenheit nur rechtlich für die Entscheidung eine Bedeutung hat.

b) Tebelmann, DJZ. **03** 570, 571: Nr. 3 trifft auf die als nahe Verwandte des Kindes zur Zeugnisverweigerung berechtigte uneheliche Mutter nicht zu, wenn es sich um Eruierung des außerehelichen Vaters, sei es im Unterhaltsprozesse des Kindes oder vor dem Vormundschaftsgerichte, handelt.

Das Familienverhältnis, von dem § 385 Nr. 3 spricht, ist nur das zwischen dem Zeugen und der Partei. Denn es handelt sich um eine Ausnahme von der Regel, daß ein nahes Familienverhältnis zwischen Zeugen und Partei ersteren zur Zeugnisverweigerung berechtigt (vgl. JDR. **1** Ziff. 2 zu § 383).

c) BayObLG. **5** 27 ff.: Die Behauptung, daß der Ehemann das gütergemeinschaftliche Anwesen, um die Rechte der Ehefrau zu schädigen, im Einverständnisse mit einem Dritten an diesen verpachtet und sodann ihm gegenüber das vereinbarte Kündigungsrecht aufgehoben hat, enthält Tatsachen der in Nr. 3 bezeichneten Art.

2. Nr. 4. a) **RG. 53** 111, JW. **03** 24: Die Vertretereigenschaft des Zeugen muß von der beweisführenden Partei behauptet und nicht etwa verneint werden.

b) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 1104: Vertreter der Partei ist die Person, die in deren Namen oder für sie gehandelt hat, so daß ihre Handlungen als die Handlungen der Partei gelten müssen, nicht aber schon die Partei, für deren

Handlungen die Partei aus sonstigen rechtlichen Gründen einstehen muß, also nicht derjenige, der vom Hauswirt mit der Reinigung und Beleuchtung der Treppen des Hauses betraut worden ist.

3. Abs. 3. a) OLG. **6** 127 (Hamburg): Wenn auch in dem Schlußsatze des § 385 nicht ausdrücklich gesagt wird, daß die Entbindung von der Verschwiegenheit seitens desjenigen erfolgen müsse, der das Geheimzuhaltende anvertraut hat, so ist dies doch selbstverständlich. Daher ist auch das Gericht nicht befugt, den zur Zeugnisverweigerung Berechtigten von der Verschwiegenheit zu entbinden, und zwar selbst dann nicht, wenn für den Prozeßgegner eine Rechtspflicht besteht, den Zeugen von seiner Verpflichtung zur Verschwiegenheit zu entbinden.

Das Korrektiv gegen Mißstände, die sich hieraus ergeben, wird darin zu suchen sein, daß das Gericht auf Grund seines freien Beweiswürdigungsrechts nachteilige Schlüsse gegen denjenigen zieht, der wider moralische und ethische Pflichten handelt, indem er fortgesetzte Verschwiegenheit über Dinge fordert, die er dem Gegner zu offenbaren schuldig ist.

b) OLG. Darmstadt, DJZ. **04** 128: Der Konkursverwalter kann den Rechtsanwalt des Gemeinschuldners nicht von seiner Pflicht der Zeugnisverweigerung entbinden.

c) Jastrow, FormBuch (14) I 146 PrFrGG. Art. 90 Anm. 7: Wenn bei einem unter § 383 Nr. 5 fallenden Beamten (insbesondere einem Notar) eine Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht nach § 385 Abs. 2 eintritt, so ist eine Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde (§ 376) nicht mehr erforderlich.

§ 386. **RG. 54** 323, JW. **03** 241: Ein vom Zeugen selbst nicht geltend gemachter und auch aus seiner Erklärung nicht von selbst sich ergebender tatsächlicher Gesichtspunkt ist bei Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Zeugnisverweigerung nicht zu berücksichtigen.

§ 387. Über das Verfahren bei Ablehnung des Zeugnisses vor dem ersuchten Richter, wenn das Prozeßgericht den Ablehnungsgrund nicht anerkennt, vgl. SächsOLG. **25** 78. In diesem Falle hat das Prozeßgericht über die Rechtmäßigkeit der Weigerung nach Anhörung der Parteien zu entscheiden. Ein Fall der Rechtshilfe GVG. § 160 liegt nicht vor.

§ 391. Abs. 2. Verzicht auf die Beeidigung (JDR. **1** Ziff. 3).

BayObLG., SeuffA. **58** 291: Haben die Parteien die Nichtvereidigung des Zeugen nicht gerügt, so bleibt nach § 530 der Verlust des Rügerechts auch in der Berufungsinstanz; die Parteien sind sonach nicht berechtigt, die nachträgliche Vereidigung der Zeugen zu verlangen, das Berufungsgericht kann aber die wiederholte Vernehmung anordnen, und es muß alsdann der Zeuge vereidigt werden.

§ 393. Nr. 4 (JDR. **1** Ziff. 3).

1. **RG.** JW. **04** 69: Die Vernehmung und Beeidigung eines Ehemanns als Zeugen in einem Prozesse über eingebrachtes Gut seiner Ehefrau ist zulässig, solange er nicht Prozeßpartei geworden ist.

2. OLG. Jena, DJZ. **03** 456: Der Schuldner ist bei dem Ausgange des Rechtsstreits, in dem eine Rechtshandlung des Schuldners auf Grund des Anfechtungsgesetzes angefochten wird, nicht unmittelbar beteiligt.

§ 396. **RG.** JW. **04** 363: Unzulässig ist die Beachtung von Auslassungen eines Zeugen nach seiner Vernehmung und die bloße Bezugnahme eines Zeugen auf ein von der Partei herrührendes Schriftstück anstatt gehöriger Aussage.

§ 397. KG., KGJ. **26** A 175 ff. handelt darüber, daß § 397 ZPO. im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine Anwendung erleidet.

§ 398. 1. Abs. 1. **RG.** ElsLothrJZ. **29** 197: Voraussetzung ist, daß es sich um die nochmalige Vernehmung eines bereits ordnungsmäßig vernommenen Zeugen handelt.

2. Abs. 3. a) Marcus, DJZ. **04** 936: Die Berufung auf den geleisteten Eid hat auch zu gelten, wenn die Vernehmung des Zeugen sich auf ein anderes Beweisthema erstreckt. A. M. **RG. 48** 387, JDR. **1** Ziff. 2.

b) **RG.** JW. **03** 178: Versicherung der Richtigkeit der in der höheren Instanz abgegebenen Aussage unter Berufung auf den in der ersten Instanz geleisteten Eid genügt.

c) **RG.** JW. **03** 178: Bei geleistetem Nacheide kann die demnächstige Versicherung auf den Eid dennoch in promissorischer Form erfolgen.

§ 401. 1. OLG. Darmstadt, DJZ. **03** 132: Kosten des Krankheitszeugnisses eines Zeugen sind nicht aus der Staatskasse zu ersetzen, weil die Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige eine Tätigkeit in Ausübung der verlangten Zeugenpflicht voraussetzt. (So auch Reichstagskom. z. Entw. d. Ges. die Abänderung d. ZPO. betreffend, KommBer. 106); (vgl. oben zu § 380).

2. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 136: Auch der sistierte Zeuge, der seiner Ladung durch die Sistierung zuvorgekommen ist, kann Gebühren verlangen.

Achter Titel. Beweis durch Sachverständige.

§§ 402 ff. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 1168, JW. **03** 240: Einem Sachverständigen ist es unbenommen, bei Prüfung der ihm vorgelegten Fragen auch Auskünfte, die er von Dritten einfordert und erhält, zu benutzen.

RG. JW. **03** 66: Wenn sich der Sachverständige zur Abgabe seines Gutachtens bei Dritten oder den Parteien Aufklärung verschafft, so steht ein Akt der eigentlichen Beweisaufnahme dabei überhaupt nicht in Frage, sofern es sich bei der Begutachtung lediglich um Feststellung eines Erfahrungssatzes handelt und die Erkundigungen bloß für diese Feststellung oder für die Subsumtion prozeßgemäß festgestellter Tatsachen unter den Erfahrungssatz gemacht sind; denn darauf, aus welchen Erkenntnisquellen der Sachverständige sein Gutachten gewonnen hat, kommt es überhaupt nicht oder nur für die tatsächliche Würdigung seines Gutachtens an. Anders verhält es sich mit der Feststellung von Tatsachen (Prozeßtatsachen), auf welche der Sachverständige den Erfahrungssatz anwendet; sie unterliegen den prozessualen Beweisregeln und Grundsätzen über Verhandlungsmaxime und rechtliches Gehör.

§ 403. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **29** 24: Nur Begutachtung bestimmt bezeichneter Punkte ist durch Sachverständige zulässig, nicht aber auch eine durch Sachverständige zu treffende Feststellung des gesamten Rechnungsverhältnisses.

§ 404. 1. Stranz, KGBl. **03** 25 ff., weist auf den Unterschied zwischen „öffentlich bestellten" und „gerichtlich beeidigten" Sachverständigen hin unter Zugrundelegung der preuß. Justizministerialverfügung vom 26. April 1901. — Gerichtlich beeidigte Sachverständige haben hinter den öffentlich bestellten zurückzutreten.

2. Abs. 2. SächsOLG. **24** 276: Die Königl. Bezirksärzte sind nach den in Sachsen maßgebenden Dienstvorschriften zugleich die Gerichtsärzte der in ihren Bezirken gelegenen Amts- und Landgerichte. Die Abgabe von Gutachten über Fragen der gerichtlichen Medizin gehört mit zu ihren wesentlichsten Dienstpflichten. An sie, als die nach § 404 Abs. 4 ZPO. und Abs. 2 § 73 StPO. öffentlich bestellten Sachverständigen, haben sich die Gerichtsbehörden zunächst zu wenden, wenn es bei den ihrer Beurteilung unterliegenden Zivil- und Strafrechtsfällen auf eine sachverständige medizinische Begutachtung ankommt (vgl. Ges. v.

30. 7. 1836 über Organisation der unteren Medizinalbehörden § 7 verb. mit der (alten) Instr. f. Bezirksärzte § 17; V. v. 10. 7. 1884 letzter Absatz verb. mit der neuen Instr. für Bezirksärzte § 42; Gesch.-O. für die sächs. Justizbehörden §§ 201—206, 213).

§ 406. 1. Ablehnung eines Sachverständigen wegen eines bereits einer Partei erstatteten Gutachtens. (JDR. **1** Ziff. 1.)

a) SächsOLG. **25** 469 ff.: Die Ablehnung eines Sachverständigen ist nicht stets deshalb berechtigt, weil er gegenüber der Gegenpartei, von der er vorgeschlagen ist, sich bereits gutachtlich über den Streitgegenstand geäußert hat. Vgl. **RG.** JW. **03** 97.

b) SächsOLG. **24** 479: Ob die Tatsache, daß ein Sachverständiger vor Beginn eines Rechtsstreits für eine Partei eine Bilanz gefertigt hat, geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Sachverständigen zu rechtfertigen, ist nach der Lage des einzelnen Falles zu entscheiden.

2. **RG.** JW. **03** 67: Ablehnung eines Sachverständigen, der Bestrafung des Prozeßbevollmächtigten einer Partei wegen Beleidigung in den Schriftsätzen beantragt hat, als berechtigt angesehener Ablehnungsgrund.

3. **RG.** JW. **03** 48: Hat der beauftragte Richter den Sachverständigen ernannt, so ist das Gericht zur Entscheidung über ein gegen den Sachverständigen angebrachtes Ablehnungsgesuch nicht zuständig.

4. OLG. **9** 73 (Bamberg): Die Ablehnung eines Sachverständigen ist nicht nur begründet, wenn gegen ihn die Vermutung einer vorsätzlichen Pflichtverletzung besteht; Befangenheit liegt schon beim Verdacht einer unbewußten Voreingenommenheit vor.

§ 410. 1. **RG. 54** 270: Lediglich schriftliches Gutachten ist nicht ausreichend.

2. Abs. 2.

SächsOLG. **24** 276: Das Gesetz bietet keinen Anhalt dafür, daß nur der vom Gericht für die Abgabe von Gutachten ständig bestellte Sachverständige sich auf den früheren Eid berufen dürfe; es gestattet vielmehr eine solche Berufung schlechthin überall da, wo „der Sachverständige für die Erstattung von Gutachten der betreffenden Art im allgemeinen beeidigt ist". Bei welcher Behörde diese allgemeine Beeidigung erfolgt ist, erscheint gleichgültig. Sie kann auch auf einer Anordnung der Verwaltungsbehörde beruhen, und in diesem Falle wird nicht einmal erfordert werden dürfen, daß der geleistete Eid wörtlich genau die Eidesformel wiedergebe, welche die ZPO. im § 410 Abs. 1 für den von den Sachverständigen sonst abzuleistenden Eid vorschreibt, dafern nur der Inhalt des allgemeinen Eides derart ist, daß er den Sachverständigeneid mit umfaßt, so daß durch die Berufung auf ihn das abgegebene Gutachten zugleich zu einem eidlichen erhoben wird.

§ 414. OLG. Posen, PosMschr. **03** 130: Die Ablehnung eines sachverständigen Zeugen ist unzulässig.

Neunter Titel. Beweis durch Urkunden.

Vorbemerkung: Eingehende Autorberichte liegen vor sowohl von Rietsch über sein großes Werk der Urkundwissenschaft wie von Siegel über die Vorlegung von Urkunden im Prozesse. — Grundlegende Entscheidungen des höchsten Gerichtshofs sind in den Berichtsjahren zu diesem Titel nicht ergangen.

§ 415. I. *Rietsch, Handb. d. Urkundwissenschaft: Urkunden und Augenscheinsgegenstände unterscheiden sich nur durch einen gedanklichen Inhalt, der in jenen enthalten ist (5). Auch die Urkunden einfachster Art, z. B. Grenzzeichen, besagen mehr, als der Augenschein allein ergeben kann. Bei Schrift-

urkunden entwickelt sich dieser Inhalt zu einer deutlichen Erklärung einer Person. Der Urkundinhalt, die Erklärung der Person, tritt vielfach in Gegensatz zur Urkunde, die eine Sache ist (6, 25).

Zum Wesen der Urkunde gehört Urkundvorgang und Urkundinhalt (34). Die Formvorschriften beziehen sich auf Handlungen der Parteien und mitwirkenden Personen beim Urkundvorgang und auf Eigenschaften der mitwirkenden Personen (75), die alle an sich nicht notwendig wären, sondern nur vom Gesetze zur Gültigkeit gefordert werden. Es ist deshalb nicht richtig, die Urkunden nach Form und Inhalt einzuteilen (60).

Jede vollkommene Urkunde muß vier Erfordernisse ausweisen:

1. Die Urkunde muß die äußere Gestalt einer Urkunde haben (10).
2. Der Urkundinhalt muß in subjektiver Hinsicht vom Aussteller als Urkunde gewollt sein (8, 35, 442, 670, 698, 700, 715) und
3. in objektiver Hinsicht selbständig, vollständig und rechtserheblich sein (7).
4. Die Urkunde muß vollzogen sein, d. h. der Urkundvorgang muß aus der Urkunde selbst noch kenntlich sein (8—10).

Der Urkundvorgang kann umfassen:

1. den Urkundauftrag und die Vernehmung der Parteien (92—111),
2. die Schreibung der Urkunde (437—463),
3. die Lesung (Vorlesung oder Durchsicht) der Urkunde (464—474),
4. die Genehmigung (475—486),
5. die Vollziehung (9).

Immer wesentlich sind Schreibung und Vollziehung. Die fertige Urkunde besteht aus dem Inhalt als dem Ergebnisse der Schreibung (302 ff.). Nur die Vollziehung weist auf den Urkundvorgang hin. Die Vollziehung besteht heute in der Unterschrift oder einem beglaubigten Handzeichen (487 ff.). Bei öffentlichen Parteienurkunden kann auch jede Vollziehung seitens der Partei fehlen (490). Sonst kann sie nur noch in wenigen Fällen fehlen (9, 10). Entwürfen, Abschriften und Übersetzungen, sowie allen unechten Urkunden fehlt der wesentliche Teil des Urkundvorgangs: die Vollziehung seitens des Ausstellers. Sie sind deshalb keine Urkunden (48).

Der Inhalt der Urkunde ist entweder Willens- oder Wissenserklärung. Das Geständnis ist ein Mittelding zwischen beiden (11—19). Eine Urkunde kann auch Wissens- und Willenserklärungen gleichzeitig enthalten; doch ist das ziemlich selten. Nur Geständnisse und Willenserklärungen kommen regelmäßig zusammen vor. Man spricht von rechtsgeschäftlichem und tatsächlichem Urkundinhalte. Doch kommt bei dieser Unterscheidung auch die Person des Erklärenden in Betracht. Nur die Beteiligten geben Willenserklärungen ab. Wird eine Willenserklärung durch andere Personen (objektiv) beurkundet, so liegt eine tatsächliche Beurkundung vor. Willenserklärungen von Personenmehrheiten können nur objektiv beurkundet werden (402, 403). Je nachdem es sich um eine rechtsgeschäftliche oder tatsächliche Beurkundung handelt, wird auch das Vorgehen beim Urkundauftrag anders: nur bei ersterer findet eine Vernehmung der Parteien statt (97—102).

Diejenige Person, als deren Erklärung die urkundliche Willens- oder Wissenserklärung erscheint, heißt Aussteller der Urkunde (38, 704). Die Frage nach dem Aussteller ist Rechtsfrage und nicht Tatfrage. Der Aussteller ist entweder Partei oder Urkundperson. Nur selten erscheinen auch Hilfspersonen als Aussteller, so z. B. die Zeugen nach §§ 2250 und 2251 BGB., die da ausnahmsweise das (alleinige) Urkundrecht haben. Die Parteien sind entweder Urkundbeteiligte oder Sach-(Geschäfts-)beteiligte; Aussteller von Urkunden können

nur Urkundbeteiligte sein. Urkund- und Hilfspersonen bilden eine den Parteien gegenüberstehende Gruppe (211 ff.).

Die Unterscheidung zwischen Urkund- und Hilfspersonen einerseits und Urkundbeteiligten andererseits gründet sich nicht ganz auf die Unterscheidung von Wissens- und Willenserklärungen. Es ist nicht ganz richtig zu sagen: Beteiligte können nur Willenserklärungen und Geständnisse abgeben und wer eine Willenserklärung oder ein Geständnis abgibt, ist ein Beteiligter. Urkundbeteiligte sind vielmehr alle, die eine urkundliche Parteienerklärung (nicht bloß eine Willenserklärung) abgeben (212), § 168 Satz 2 FGG. Abgesehen davon kann man aber von obiger Unterscheidung ausgehen; Urkund- und Hilfspersonen können immer nur Wissenserklärungen abgeben. Willenserklärungen und Erklärungen über immanente Seelenvorgänge können nur von der betreffenden Person selbst ausgehen. Nur Wahrnehmungen machen eine Ausnahme. Wahrnehmungen können allenfalls mehrere und andere Personen ebenso machen, es kommt also auf die Person des Wahrnehmenden nicht ausschließlich an. Da die Urkund- und Hilfspersonen nur Wahrnehmungen zu bezeugen haben, so erklärt es sich, daß in der Regel nur die Identität der Urkundbeteiligten festgestellt wird.

Dem Urkundaussteller steht der Nehmer der Urkunde gegenüber. Er kommt bei Willensurkunden vor, wenn der zweite Vertragsteil oder der Empfänger einer Erklärung nicht miturkundet. Aussteller und Nehmer decken sich zumeist mit Urkundverpflichtetem und Urkundberechtigtem. Wesentlich ist der Nehmer der einseitigen Geständnisurkunde und der Ausweisurkunde (18, 40). Dem Aussteller und Nehmer entspricht die Urkundausstellung einerseits und die Begebung (Einhändigung) (679—687) andererseits. Die Kraftloserklärung einer Urkunde kann vom Aussteller (an seiner Statt und über seinen Antrag von einer Behörde) oder vom Nehmer ausgehen. Der Nehmer kann nur den Inhalt der Urkunde kraftlos erklären, der Aussteller auch die Urkunde selbst, insoweit es ihm das Gesetz gestattet (595, 596).

Die normale Rechtswirkung der Urkunde ist entweder eine materiell-rechtliche oder eine formell-rechtliche (644). Alle Urkunden haben formell-rechtliche Wirkung: sie sollen beweisen und bescheinigen (672). Eine materiell-rechtliche Wirkung kommt nur manchen Willensurkunden (den Dispositivurkunden) zu. Die Vollstreckbarkeit ist auch eine formell-rechtliche Wirkung, die aber in der Regel nur Urkunden mit materiell-rechtlicher Wirkung zukommt (644). Je nach der Beweis- oder Bescheinigungswirkung teilt man die Urkunden in Prozeß- und Verkehrsurkunden (6).

II. Aus der Praxis:

1. KG., PosMsch. **03** 58: Unter „öffentlicher Behörde" ist ein in den allgemeinen Organismus der Behörden eingefügtes Organ der Staatsgewalt zu verstehen, welches dazu berufen ist, unter öffentlicher Autorität nach eigenem Ermessen für die Herbeiführung der Zwecke des Staates tätig zu sein, gleichviel ob das Organ unmittelbar vom Staate oder von einer dem Staate untergeordneten Korporation zunächst für deren Angelegenheiten bestellt ist, sofern diese Angelegenheiten zugleich in den Bereich der Staatszwecke fallen (vgl. **RG.** Straff. **18** 246). Der Schulvorstand ist unbedenkich als öffentliche Behörde anzusehen.

2. **RMG. 5** 191 ff.: Die bei den Kompagnien, Eskadrons und Batterien geführten Truppen-Stammrollen und die Stammrollen über die Kapitulanten sind, wenn sie der vorgeschriebenen Form entsprechen, öffentliche Urkunden im Sinne des § 415 ZPO. und des § 267 StGB.

§ 416. RG. JW. **03** 178: Über die materielle Beweiskraft der durch die Urkunde festgestellten Erklärungen enthält die ZPO. keine Bestimmung. Gegenbeweis ist in dieser Beziehung zulässig. Insofern der Erklärende eine

Tatsache einräumt, handelt es sich um ein außergerichtliches Geständnis, dessen Beweiskraft schon durch den Beweis der Unwahrheit oder der Art seines Zustandekommens, z. B. Drohung, beseitigt werden kann. Soweit eine rechtserhebliche Willenserklärung vorliegt, ist ihre Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit nach bürgerlichem Rechte zu beurteilen.

OLG. Cöln, Puchelts Z. **35** 144: Trotz des § 416 ist es zulässig, den Beweis zu führen, daß mit der abgegebenen Erklärung andere rechtliche Verpflichtungen verbunden sind, oder daß dieselbe unter anderen als den behaupteten Umständen zustande gekommen sei.

§ 418. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 1134: Ein Taufschein hat nach früherem preußischen Rechte keine formale Beweiskraft dafür, daß die Eltern verheiratet waren, er ist aber für den Beweis der ehelichen Abstammung nicht ohne jede Bedeutung.

§§ 420 ff. *Siegel, Die Vorlegung von Urkunden im Prozeß (Bd. 12 Heft 2 der Fischerschen Abhandlungen) behandelt den prozessualen Vorlegungsanspruch, d. h. den Anspruch auf Vorlegung von Urkunden im Prozeß, der sich alternativ auf einen Anspruch des bürgerlichen (nicht öffentlichen 6 ff.) Rechtes oder die rein prozessuale Tatsache der Bezugnahme gründet. Der Anspruch des bürgerlichen Rechtes ist entweder ein solcher auf Herausgabe oder auf Vorlegung.

Unter den Ansprüchen des bürgerlichen Rechtes sind besonders die aus § 810 (bzw. 809) BGB. als die typischen „Editions"= (bzw. „Exhibitions"=) Ansprüche hervorzuheben, während ein Anspruch auf Herausgabe oder Vorlegung aus jedem dinglichen oder obligatorischen Rechtsverhältnis entspringen kann (1 f., 12, 88—91).

Über den Vorlegungsgrund aus § 810 (und 809) BGB. s. Siegel Ziff. 1 zu § 810 BGB.

§§ 421 ff. *Bischofswerder, DJZ. **04** 258 ff.: Der Urkundenbeweis setzt voraus, daß eine Urkunde errichtet ist. Deshalb kann der Gegner gegenüber dem Antrage auf Vorlegung eines Kündigungsschreibens durch Eideszuschiebung den Beweis führen, daß eine Kündigung nicht erfolgt ist (vgl. auch Bischofswerder, JW. **02** 539, JDR. **1** zu §§ 420 ff.

Über die Zulässigkeit des Gegenbeweises, daß eine Urkunde nicht zur Entstehung gelangt sei, durch Eideszuschiebung vgl. DJZ. **04** 258.

§ 422. 1. *Walsmann, Streitgen. Nebenintervention 228 f.: Der streitgen. Nebenintervenient kann nur die Vorlage solcher Urkunden vom Gegner verlangen, auf deren Vorlage er eigenes oder zediertes Recht hat.

2. **RG.** SeuffA. **59** 82: Gewöhnliche Geschäftsbücher von Gewerbetreibenden, deren Einträge regelmäßig nicht die Bedeutung einer objektiven Beurkundung für die Rechtsbeziehungen zu den Kunden haben, können nicht als gemeinschaftliche Urkunden angesehen werden.

§ 423. *Siegel a. a. O.: Der prozessuale Vorlegungsgrund der Bezugnahme (§ 423) ist gegeben, wenn der Gegner auf eine in seinen Händen befindliche Urkunde zugleich mit der Behauptung, daß sie in seinen Händen sei, zur Beweisführung Bezug genommen hat. Für einen Dritten kann dieser Vorlegungsgrund vorhanden sein, wenn er als Nebenintervenient oder ausgeschiedene Partei an dem Prozeß teilgenommen hat (91—95).

Neben den Fällen, in denen bei Bestehen eines Rechtes auf Vorlegung ein prozessualer Vorlegungsanspruch besteht, gibt es solche, in denen das Gericht bloß die Befugnis hat, die Vorlegung anzuordnen, ohne daß die Weigerung der Partei zur Vorlegung die im § 427 bestimmten Folgen hat (a. M. bezügl. § 45 HGB. besonders Staub). In Betracht kommen §§ 134, 142 sowie HGB.

§§ 45, 47, 102. Eine Befugnis, die Vorlegung anderer Sachen als Urkunden anzuordnen, besteht in der Anordnung des Augenscheins, aber es gibt dafür kein Vorlegungsverfahren (95—103).

§§ 424 ff. I. *Siegel a. a. O.: Der im Prozeß auftretende Anspruch auf Vorlegung der Urkunde ist ein besonderer, eigenartiger Anspruch rein prozessualer Natur und stets derselbe, gleichgültig, ob er auf einem bürgerlich= oder prozeßrechtlichen Vorlegungsgrund beruht und ob er gegen den Gegner im Vorlegungsverfahren innerhalb des schwebenden Prozesses (§§ 424—427) oder gegen den Dritten durch besondere Klage (§ 429) geltend gemacht wird. Den Vorlegungsantrag stellen und Subjekt des prozessualen Anspruchs sein kann jeder, der Beweisführer sein, d. h. im Prozeß prozessuale Handlungen vornehmen kann, sofern ihm ein Vorlegungsgrund zur Seite steht (also die Partei, Streitgenossen und Nebenintervenienten). Gegner ist für den Inhaber des prozessualen Anspruchs, wer ihm als Partei gegenübersteht, Dritter jeder, der nicht Gegner ist (103—108).

Die Vorlegungspflicht im Prozeß ist keine allgemeine Staatsbürgerpflicht nach Art der Zeugenpflicht; denn sie besteht nur auf Grund bestimmter Tatsachen und ihre Verletzung ist nicht mit Strafe bedroht. Aber sie ist auch keine bürgerlich=rechtliche Pflicht, auch soweit sie auf das bürgerliche Recht verweist, sondern stets eine prozessuale; denn sie hat nur Bedeutung in Hinblick auf einen Prozeß, setzt das Bestehen nicht nur eines materiell=rechtlichen Anspruchs, sondern eines Prozesses voraus und hat einen ganz anderen Inhalt als das den Vorlegungsgrund abgebende bürgerliche Rechtsverhältnis (108—116).

Der prozessuale Vorlegungsanspruch verfolgt den Zweck des Beweises. Anders § 811 BGB. Die Urkunde ist daher, wenn die Einsicht auf Grund des bürgerlichen Rechtsverhältnisses (z. B. BGB. § 716) streng vertraulich wäre, stets einem Dritten, dem Gerichte, vorzulegen. Der Anspruch wirkt nivellierend, indem die nach bürgerlichem Rechte etwa verschiedene Vorlegung im Prozeß stets gleichartig ist, und ist, wenn einmal entstanden, unabhängig von dem späteren Untergange des bürgerlichen Anspruchs (etwa durch Erfüllung). Die Erhebung des prozessualen Anspruchs durch den Vorlegungsantrag gilt nicht als Geltendmachung des materiellen, so daß hinsichtlich des letzteren nicht etwa eine Inverzugsetzung eintritt. Der prozessuale Anspruch erfordert auch stets ein besonderes rechtliches Vorlegungsinteresse, das ein Beweisinteresse ist und vorhanden sein muß, auch wenn das bürgerliche Recht kein besonderes rechtliches Interesse verlangt und ganz verschieden von dem Informationsinteresse des § 810 BGB. ist (117—124).

Der Ort der Vorlegung ist für Gegner und Dritten stets das Prozeßgericht (event. § 434), nicht der Leistungsort des bürgerlichen Rechtsverhältnisses, so daß auch eine Anwendung des § 811 BGB. ausgeschlossen ist.

Der prozessuale Anspruch als vollkommen selbständig hat als besonderes Erfordernis stets den Besitz (arg. § 424 Nr. 4), auch wenn diesen das bürgerliche Rechtsverhältnis nicht verlangt. Bei dem prozessualen Anspruche haftet der Gegner (arg. § 426) und folgeweise auch der Dritte stets nur dafür, daß er die Urkunde nicht in der Absicht der Entziehung abhanden gebracht hat. Verschieden sind nur bei Gegnern und Dritten die Folgen der Verletzung des prozessualen Anspruchs, bei ersterem die Beweisfolge des § 427, bei letzterem Zwangsvollstreckung oder Schadensersatz. Vom Eintritt des Verzugs bei der Vorlegung an haftet der Dritte für jegliches Verschulden. Von der Verletzung des prozessualen Anspruchs ist wohl zu scheiden die des materiellen, bei dem oft schon Fahrlässigkeit zum Schadensersatz verpflichtet. Ein wegen Verletzung des materiellen Rechtes bestehender Schadensersatzanspruch wird durch den schwebenden Prozeß nicht berührt und unabhängig davon geltend gemacht. Der materiell=

rechtliche Anspruch wird auch von den Schicksalen des prozessualen nicht berührt (130—138).

II. Es fragt sich ferner, was für eine Art von Besitz beim prozessualen Anspruch zu dessen Substantiierung auf seiten des Gegners und Dritten vorliegen muß. Die ZPO. spricht teils von „Besitz", teils „in den Händen befindlich", worunter aber stets dasselbe zu verstehen ist. Auch der beim materiellen Anspruch aus § 810 BGB. geforderte Besitz muß derselbe sein wie in der ZPO., da dafür dieselben Erwägungen und auch die Entstehungsgeschichte des BGB. ins Gewicht fallen. Es ist notwendig anzunehmen, daß der mittelbare Besitzer gegen den unmittelbaren einen materiellen und prozessualen Vorlegungsanspruch erheben kann. Der mittelbare Besitzer ist häufig auch gar nicht in der Lage, die Urkunde vorzulegen. Zur Vorlegung nach § 810 und zur prozessualen ist daher, als die Urkunde in seiner tatsächlichen Gewalt habend, in der Regel der unmittelbare Besitzer verpflichtet (142—152).

Auf den Vorlegungsantrag gegen Gegner und Dritten ergeht stets eine Entscheidung, die über die prozessuale Vorlegungspflicht entscheidet, und zwar, wenn beim Antrag gegen den Gegner dieser die formale Ordnungsmäßigkeit des Antrags oder den Vorlegungsgrund bestreitet, ein Zwischenurteil, in allen anderen Fällen ein Beschluß. Außer dem Zwischenurteil ist zur Anordnung der Vorlegung oder der Leistung des Vorlegungseides stets ein besonderer Beschluß notwendig (a. M. Schmidt, Wach, Kohler, Seuffert). Die prozessuale Pflicht des Gegners und Dritten wird bereits durch Stellung des Vorlegungsantrags begründet, nicht erst durch die den Antrag zulassende Entscheidung (155—164).

III. Über den zur Begründung des prozessualen Anspruchs erforderlichen Besitz des Gegners gibt es keinen anderen Beweis als den Vorlegungseid des § 426. Dieser wird stets vom Gegner geschworen, worin sich die Beweislast des Beweisführers zeigt, wenn auch der Vorlegungseid kein zugeschobener, sondern ein notwendiger Eid ist. Mit der Leistung des Eides steht der Nichtbesitz und das Obsiegen des Gegners im Vorlegungsverfahren fest, mit der Nichtleistung das Bestehen des prozessualen Anspruchs und gleichzeitig seine Verletzung; an Stelle der Zwangsvollstreckung treten die Beweisfolgen des § 427 ein, die eine wirkliche Vollstreckung überflüssig machen. Beim Vorlegungsverfahren gegen den Gegner ist daher das Erkenntnisverfahren, das über das Bestehen des Anspruchs entscheidet, verbunden zugleich mit der Zwangsvollstreckung bei bestehendem Anspruch (165—168).

Die Folgen, die eintreten, wenn der Vorlegungseid oder die Vorlegung der Urkunde verweigert wird, regelt § 427. Anscheinend denselben Fall, wie er durch die zweite Alternative des Vorlegungseides getroffen wird, nämlich das Abhandenbringen der Urkunde in der Absicht der Beweisentziehung, regelt § 444 mit ähnlichen Folgen. Es kann aber aus verschiedenen Gründen nicht für angängig erachtet werden, daß § 427 und § 444 dieselben Fälle treffen und teils die Folge des § 427, teils die des § 444 eintritt. Hiernach muß man zu der Ansicht kommen, daß der Vorlegungseid lediglich die Fälle trifft, in denen nach Erhebung des prozessualen Anspruchs durch den Vorlegungsantrag die Urkunde abhanden gebracht ist, § 444 hingegen die, wo bereits vorher mit Rücksicht auf die Beweiserschwerung im Prozesse die Urkunde durch den Gegner beseitigt ist. § 426 f. trifft also die Fälle, wo der entstandene prozessuale Anspruch verletzt ist, § 444 hingegen namentlich die, wo die Entstehung eines solchen durch die Beseitigung der Urkunde verhindert worden ist (170—178).

Von den Beweisfolgen des § 427 ist die erstere obligatorisch eintretende die schärfere, die zweite, die dem § 444 entspricht, die schwächere und in das

Ermessen des Gerichts gestellt. Mit dem Eintritt der Beweisfolgen ist das Vorlegungsverfahren endgültig zu Ende und zugunsten des Beweisführers entschieden. Es wird daher, als in der Natur der Sache liegend, gegen die herrschende Ansicht der Standpunkt vertreten, daß eine einmal eingetretene Beweisfolge endgültig für alle Instanzen eingetreten ist und nicht durch nachträgliche Vorlegung der Urkunde entkräftet werden kann. Die durch die Urkunde zu beweisende Tatsache und ihr Inhalt ist scharf zu trennen. Erstere geht gewöhnlich über letztere hinaus (181—191).

Das Vorlegungsverfahren bezweckt einen Beweis durch den Inhalt der Urkunde. Wenn der Vorlegungseid verweigert wird, dann folgt daraus nicht der Besitz des Gegners — denn dieser hat außer dem Besitze noch zwei Tatsachen kumulativ abzuschwören —, sondern die Tatsache, daß er den prozessualen Anspruch des Beweisführers verletzt hat. Da es aber dem Beweisführer nichts nützen würde, dies anerkannt zu sehen, so hat § 427 gleich auf Grund dieser Tatsache, ohne gerade eine Anwendung des § 464 Abs. 2 auszuschließen, wie das **RG. 44** 422 ff. meint, als Beweisfolge aufgestellt, daß der behauptete Inhalt der Urkunde als wahr gilt oder angesehen werden kann. Das Vorlegungsverfahren darf aber nie dazu mißbraucht werden, um den Besitz oder das Zugehen einer Urkunde (z. B. einer Kündigung) zu beweisen. Denn was mit der Urkunde geschehen ist, das ist kein Beweis durch die Urkunde. Will man beweisen, daß der Gegner eine Urkunde erhalten habe, dann kann man darüber nur den Eid zuschieben, aber keinen Vorlegungsantrag stellen. Daß man dies übersah, hat zu ganz schiefen Behauptungen geführt (Bischofswerder, JW. **02** 539, JDR. **1** zu §§ 420 ff., Geiershöfer, R. **03** 259 f.). Durch § 427 wird auch bewiesen, daß die Urkunde echt ist. Der Beweis der Unechtheit kann aber durch das Vorlegungsverfahren nicht geführt werden. Denn er ist kein Beweis durch die Urkunde, sondern an ihr, und es kommt dabei die Urkunde nicht mit ihrem gedanklichen Inhalte, sondern als Augenscheinsobjekt in Betracht (191—209).

IV. Gegen den Dritten wird der prozessuale Anspruch gleichfalls durch einen Vorlegungsantrag erhoben, der sich nur durch die erforderliche Glaubhaftmachung des Besitzes der Urkunde unterscheidet (§ 430). Das Verfahren zerfällt in einen Abschnitt innerhalb des schwebenden Prozesses (§§ 428, 430, 431) und den selbständigen Nebenprozeß (§ 429). Zu dem § 356 sind die §§ 428 ff. lex specialis. Der Dritte ist aus entsprechenden Gründen wie der Gegner zur Vorlegung verpflichtet (220—226). Auch der prozessuale Vorlegungsanspruch gegen den Dritten erfordert das Vorlegungsinteresse, das in der ernsthaften Verfolgung der Rechte im Hauptprozesse besteht (226—230).

§ 424. Nr. 5. **RG.** SächsA. **14** 92: Das Erfordernis der Nr. 5 ist nicht ein Formerfordernis in dem Sinne, daß beim Mangel desselben der Editionsantrag überhaupt nicht zu berücksichtigen wäre. Es heißt nur: „soll enthalten". — Bei Handelsbüchern des Gegners bedarf es für den Editionsantrag nicht des in Nr. 5 Verlangten, weil deren Vorlegung nach § 45 Abs. 1 HGB. vom Gerichte ganz nach Ermessen angeordnet werden kann.

§ 426. Daffis, DJZ. **03** 426/427: Die Verpflichtung zur Leistung des Editionseids kann durch Antretung eines Gegenbeweises (Eideszuschiebung, Zeugenbenennung) dafür, daß die vorzulegende Urkunde nicht errichtet worden ist, nicht beseitigt werden.

A. A. hinsichtlich der Eideszuschiebung Bischofswerder, JW. **02** 539, JDR. **1** zu §§ 420 ff.

§ 428. **RG.** SeuffA. **58** 336: Von demjenigen, der die Urkunde nicht besitzt, kann ihre Vorlegung auch dann nicht verlangt werden, wenn er sich in der

rechtlichen oder tatsächlichen Möglichkeit befinden sollte, in ihren Besitz behufs Vorlegung zu gelangen. Der Beweisführer ist auch in solchen Fällen darauf angewiesen, den Dritten direkt auf Vorlegung der Urkunde in Anspruch zu nehmen, vorausgesetzt, daß er hierzu nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes berechtigt ist.

§ 432. 1. OLG. Kolmar, ElsLothrNotZ. **23** 153 ff.: Wenn in einem Prozeßverfahren durch Beschluß des Prozeßgerichts angeordnet wird, daß der Notar eine von ihm verwahrte Urschrift, von der er der beweispflichtigen Partei Ausfertigung erteilen könnte, dem Gerichte vorlegen soll, so ist gegen diesen Beschluß, als einen Beweisbeschluß, Beschwerde unzulässig. — Über die Beziehung des § 56 Abs. 1 AGFrGG. hierzu a. a. O. 155.

2. *Siegel 236 ff.: Gegen öffentliche Behörden und Beamte ist eine Klage gemäß Abs. 3 erst möglich, wenn die Mitteilung der Urkunde auf das Ersuchen des Gerichts hin verweigert worden ist. Dann aber ist der Rechtsweg stets zulässig ohne Rücksicht auf landesgesetzliche Kompetenzvorschriften.

§ 443. SächsOLG. **25** 375: Wird die Echtheit der Urkunde nicht bestritten oder deren inhaltliche Veränderung behauptet, so hat eine Zurückbehaltung der Urkunde nicht zu geschehen, vielmehr ist sie der Partei auf ihren Antrag wieder auszuhändigen. Ebenso LG. I Berlin, KGBl. **03** 4.

§ 444. Vgl. *Siegel o. zu §§ 420 ff. u. 424 ff.

Zehnter Titel. Beweis durch Eid.

Vorbemerkung: Die Frage, ob der Mutter eines unehelichen Kindes allgemein ohne nähere Angaben der Eid darüber zugeschoben werden kann, daß ihr in der Empfängniszeit auch ein anderer beigewohnt habe, wird noch immer lebhaft behandelt. Jedenfalls wird man daran festhalten müssen, daß eine namentliche Bezeichnung des anderen nicht erforderlich ist.

Im übrigen hat die Gerichte vielfach die alte Frage beschäftigt, worüber gemäß dem § 445 der Eid zugeschoben werden kann, sowie unter welchen Voraussetzungen und nach welchen Gesichtspunkten der richterliche Eid einer Partei aufzuerlegen ist. — Von großer Bedeutung für die Anwendbarkeit des § 471 ist die Entsch. des **RG. 57** 235 ff.

§ 445. I. *Horrwitz, Recht des Handlungsgehilfen 181: Zulässig ist eine allgemeine Eideszuschiebung dahin, daß der entlassene Angestellte während der nach der Entlassung laufenden ursprünglichen Vertragszeit den Klagebetrag oder einen Teil desselben anderweit verdient habe; eine solche Eideszuschiebung ist nur dann unzulässig, wenn sie offensichtlich schikanös ist. A. M. Staub Anm. 15 zu § 70 HGB.

II. Aus der Praxis.

1. a) **RG.** JW. **03** 179, ElsLothrJZ. **29** 196: Gegenstand des Eides können nur Tatsachen und diesen gleichstehende gemeinverständliche Rechtsbegriffe bilden. Zu den Tatsachen gehören auch die sog. inneren Tatsachen, d. h. Gegenstände des Wissens oder des Wollens (vgl. JDR. **1** Ziff. a, b zu § 445).

b) **RG.** JW. **04** 296: Die Frage des Eintritts in ein Bürgschaftsverhältnis ist keine reine Tatfrage, über die durch Eid entschieden werden könnte.

c) **RG.** R. **04** 504: Ein Eid, welcher lediglich ein Urteil über den Inhalt der Vereinbarung darstellen würde, ist unzulässig.

d) OLG. Frankfurt a. M., R. **03** 45: Über eine Tatsache, die in einer Handlung des Rechtsvorgängers unbekannter oder ungewisser Erben besteht, kann dem Nachlaßpfleger der Eid zugeschoben werden.

e) **RG.** JW. **03** 344, DJZ. **03** 477: Die Eideszuschiebung nach Maßgabe des § 445 findet nicht lediglich dann Anwendung, soweit der Rechtsvorgänger ein solcher gerade nur im streitigen Rechtsverhältnis ist, — auch nicht nur bei

der Nachfolge in eine Verbindlichkeit, sondern auch bei der Nachfolge in ein Recht. (Hier handelt es sich um ein Recht, das früher im Vermögen des Schuldners war und aus diesem in das Vermögen des Beklagten übergegangen ist.)

2. Rechtsnachfolge (JDR. **1** Ziff. 3).

a) **RG. 53** 8 (Bestätigung des OLG. Jena, DJZ. **03** 59): Der Begriff der Rechtsnachfolge im § 445 und an anderen Stellen der ZPO. (vgl. §§ 265, 325, 385 Ziff. 4, 727) hat nicht den engeren Sinn, nach welchem nur der — durch allgemein oder Sonderrechtsnachfolge sich vollziehende — Übergang eines Rechtes in der Gestalt und in dem Umfange, wie es in der Person des Rechtsvorgängers bestand, darunter fallen würde; auch die Neuschaffung eines bisher nicht bestehenden Rechtes, wie die Bestellung einer Dienstbarkeit, eines Pfandrechts u. dgl., gehört hierher. Es begründet auch keinen Unterschied, ob der Rechtsübergang oder die Rechtskonstituierung auf Rechtsgeschäft beruht, oder kraft Gesetzes erfolgt. Auch der Erwerber eines Pfändungspfandrechts, der Ersteher eines Grundstücks in der Zwangsversteigerung, der Ehemann als Nießbraucher des eingebrachten Gutes der Ehefrau ist Rechtsnachfolger im Sinne des § 445 ZPO.

Es ist daher auch der Konkursverwalter im Sinne des § 445 Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners.

AM. OLG. Dresden, SächsA. **13** 265: Der Gemeinschuldner ist weder Vertreter noch Rechtsvorgänger des Konkursverwalters. Jedoch OLG. Dresden, SächsA. **14** 128 ff. übereinstimmend mit dem RG., weil ein Nachfolger in der Rechtsausübung als Rechtsnachfolger anzusehen sei.

b) OLG. Posen, PosMschr. **03** 127 ff., KGBl. **03** 118 ff.: Der Indossant ist nicht als Rechtsvorgänger des Indossatars anzusehen, deshalb Eideszuschiebung über die Tatsache der Wechselzahlung an den Indossanten unzulässig. A. M. **RG. 47** 66 (JDR. **1** Ziff. 3a), Staub, WO. § 68 zu Art. 82 und KG., KGBl. **03** 119.

§ 451. I. Eideszuschiebung an die uneheliche Mutter (JDR. **1** Ziff. 1k zu § 445 ZPO. und JDR. **3** Ziff. 2 § 1717 BGB.).

1. *Schmelz, SeuffBl. **04** 246 ff.: Die Zuschiebung des Eides an die Mutter des unehelichen Kindes, „es sei nicht wahr, daß ihr (innerhalb der genau anzugebenden Empfängniszeit) auch ein anderer (andere) beigewohnt habe (hätten)", ist bestimmt genug mit Rücksicht auf Grund und Zweck des § 1717 BGB. Namentliche Bezeichnung „des bzw. der anderen" oder sonstige nähere Angaben tatsächlicher Art sind nicht erforderlich.

2. *F. Keidel, SeuffBl. **03** 469: Die Eideszuschiebung an die uneheliche Mutter darüber, daß ihr in der Empfängniszeit auch ein anderer beigewohnt habe, ist nur zuzulassen, wenn der andere irgendwie, wenn auch nicht namentlich, genauer bezeichnet wird oder wenn Umstände — z. B. Ort oder Zeit der Beiwohnung — angegeben werden, welche erkennen lassen, daß der Beweisführer einen bestimmten Vorgang und damit einen bestimmten anderen im Auge hat.

II. Aus der Praxis.

RG. R. **04** 606: Ob die Voraussetzung des § 451 bei einer Eideszuschiebung vorliegt, hat das Prozeßgericht selbständig zu beurteilen. Es ist deshalb auch unerheblich, ob eine Partei einen ihr hiernach in unzulässiger Weise zugeschobenen Eid angenommen hat.

RG. Gruchots Beitr. 48 366: Es genügt für die bestimmte Bezeichnung im Sinne des § 451, daß der Delat über den Umfang und Inhalt der Eidestatsache nicht im Zweifel gelassen wird, daß er imstande ist, sie von anderen

Tatsachen unterscheidbar sich vorzustellen und sich zu prüfen, ob er eine Erklärung in Eidesform unter voller Verantwortlichkeit darüber abzugeben vermag.

OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 95: Eideszuschiebung über die Unbescholtenheit eines wegen Verlöbnisbruchs klagenden Mädchens ist zulässig.

OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 96: Darauf, ob die den Eid zuschiebende Partei tatsächliche Anhaltspunkte für die aufgestellte Behauptung hat, kommt es nicht an.

§ 460. Über die Frage, ob zur Abnahme eines durch bedingtes Endurteil auferlegten Eides von Amts wegen zu laden ist, handelt eingehend OLG. Dresden, BuschsZ. **32** 367 ff. SächsOLG. **25** 377: Die Notwendigkeit der Ladung durch die Partei wird verneint.

§ 461. RG. **53** 38, JW. **03** 7: Der nach Einigung der Parteien über Norm und Erheblichkeit geleistete Eid bleibt beachtlich, auch wenn der Eidesauflage ein Verkennen der Beweislast zugrunde gelegen hat; (anders verhält es sich dagegen mit dem vom Gerichte nach § 461 Abs. 2 ZPO. auferlegten Eide).

§ 462. 1. Abs. 1. Kein neues Vorbringen nach dem bedingten Urteil (JDR. **1** Ziff. 3 zu § 462.

a) RG. JW. **03** 23: Im Läuterungsverfahren können neue Parteivorbringen nicht geltend gemacht werden, insbesondere also auch nicht Zession der Klageforderung oder Vergleich. Auch nach RG. JW. **04** 261 nicht die nach Erlaß des bedingten Endurteils stattgehabte Aussöhnung.

b) RG. JW. **04** 261: In dem Verfahren zur Läuterung eines bedingten Endurteils ist kein Raum mehr für die Verwertung eines außerhalb des Prozesses erklärten Verzichts.

c) OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 265: Die Unanfechtbarkeit des rechtskräftig bedingten Endurteils läßt der Geltendmachung neuen Vorbringens in dem hinsichtlich des Prozeßstoffs endgültig abgeschlossenen Rechtsstreit keinen Raum.

d) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 115, OLG. **6** 398: In diesem Abschnitte des Prozeßganges sind nur solche Neuheiten von Belang, welche entweder eine Änderung in der Eidesnorm (§ 469) und der Person des Schwurpflichtigen (§§ 470, 471) oder eine prozessual liquide Aufhebung des gesamten Prozeßnexus herbeiführen können. Unter dem letzteren Gesichtspunkte würde z. B. ein nach Verkündung des bedingten Urteils abgeschlossener gerichtlicher Vergleich die Eidesleistung und Urteilsbereinigung beseitigen.

2. Abs. 2. OLG. **9** 75 (Naumburg): Das beim Ausbleiben einer Partei ergehende Läuterungsurteil ist kein Versäumnisurteil.

§ 463. RG. **54** 303, JW. **03** 181: Durch Leistung des Eides wird voller Beweis der beschworenen Tatsache auch für das Nachverfahren im Wechselprozesse begründet.

§ 465. OLG. Zweibrücken, Puchelts Z. **35** 67 ff.: Der Verwirkungsantrag des § 465 bezweckt eine inhaltliche Beeinflussung der Endentscheidung; die Entscheidung über den Antrag braucht nicht durch besonderen Beschluß zu erfolgen; ist ein solcher ergangen, so ist er nicht mit der Beschwerde anfechtbar (69).

§ 466. Beginn der Notfrist. (JDR. **1** Ziff. 6 zu §§ 465 ff.)

Das Urteil des OLG. Cöln über den Beginn der Notfrist (JDR. **1** Ziff. 1) findet sich unter eingehender Begründung und kritischer Würdigung auch Buschs Z. **31** 96 ff. Es wird dort ausgeführt, daß die herrschende Ansicht dem praktischen Bedürfnisse nicht entspreche und daß event. eine Abänderung des Gesetzes unvermeidlich sein würde (104).

§ 467. OLG. **9** 109 (KG.): Ist die Eidesabnahme nachträglich beantragt, so ist das frühere Versäumnisverfahren damit erledigt, und es bedarf

eines erneuten Antrags nur bei Nichtleistung des Eides dessen endgültige Verweigerung festzustellen (analog §§ 345, 330).

OLG. 9 110 (KG.): Wird im Verkündungstermin ein neuer Verhandlungstermin anberaumt, so hat, die rechtzeitig vorher erfolgte Beantragung der Eidesabnahme vorausgesetzt, als Termin zur Eidesleistung nicht der Verkündungs-, sondern der neue Verhandlungstermin zu gelten.

§ 471. 1. **RG. 57** 235 ff., JW. **04** 239, ElsLothrJZ. **29** 548 ff.: § 471 ist auch in solchen Fällen anwendbar, in welchen schon zur Zeit der Eidesauflegung die Unmöglichkeit einer wirksamen Leistung des Eides durch den bezeichneten Schwurpflichtigen zwar tatsächlich vorlag, aber den Parteivertretern und dem Prozeßgerichte nicht bekannt war. Die Anwendung des § 471 wird dann auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß die schwurpflichtige Prozeßpartei in der Lage war, gegen das den Eid auferlegende bedingte Endurteil ein Rechtsmittel einzulegen.

RG. 55 17 ff., JW. **04** 272: Ist der Schwurpflichtige gestorben, so ist mit Rücksicht auf die Bestimmungen der §§ 471 Abs. 1 und 3, § 477 Abs. 1 die Einlegung der Revision als zulässig zu erachten.

2. Über die Wirkung der Rechtskraft im Falle des § 471 sagt OLG. **6** 398 (Stettin) im Einklange mit der herrschenden Meinung: Das bedingte Urteil ist nur in Ansehung der betreffenden Beweisführung, d. h. des Eidesthemas nachzuprüfen und zu ändern. Im übrigen ist der Streitstoff endgültig erledigt. Der § 471 bezweckt nicht darüber hinaus weitgehende Ausnahmen von der Rechtskraft der Endurteile zu schaffen.

§ 472. 1. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **29** 556: Wenn Streitgenossen sich über die Zurückschiebung des Eides bezüglich einer Tatsache nicht übereinstimmend erklären, welche für ein allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festzustellendes Rechtsverhältnis von Einfluß ist, gilt der Eid erst dann als verweigert, wenn die Partei durch das Gericht zur (übereinstimmenden) Erklärung über den Eid aufgefordert worden ist.

2. *Walsmann, Streitgen. Nebenintervention 230 ff.: § 472 findet auf das Verhältnis zwischen Hauptpartei und streitiger Nebenintervention Anwendung.

§ 473. Über Zuschiebung des Eides an den Konkursverwalter über Handlungen oder Wahrnehmungen des Gemeinschuldners s. oben Ziff. II 2 a zu § 445.

§ 475. 1. **RG.** JW. **03** 8: Bei Auferlegung des richterlichen Eides ist in erster Reihe die Vertrauenswürdigkeit der Parteien in Betracht zu ziehen.

2. **RG.** JW. **04** 494/495: Bei Auferlegung eines richterlichen Eides muß die Ablehnung der angebotenen Beweismittel ausreichend begründet werden (vgl. dagegen **RG.** JDR. **1** Ziff. 2).

3. **RG.** JW. **03** 432: Bei der Auferlegung eines richterlichen Eides ist das Gericht nicht an die Tatsachen gebunden, so wie sie gerade behauptet und in einem Beweisbeschlusse niedergelegt sind; es kann aus dem vorgetragenen Tatbestande eine Tatsache herausgreifen, wenn sie auch für den Beweissatz nur mittelbar erheblich erscheint, wenn eben die Feststellung dieser Tatsache ihm die Möglichkeit gewährt, sich die Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der unmittelbar zu beweisenden Tatsache zu verschaffen.

4. **RG.** JW. **04** 475: Unter Umständen kann beim Eide auch ein Urteil über die streitige Gesamtbeschaffenheit einer Warensendung als tatsächliche Wahrnehmung erscheinen.

5. **RG.** JW. **04** 120: Bei Auferlegung eines richterlichen Eides kann auch der Umstand ausschlaggebend sein, daß nur die eine von beiden Parteien den Eid in der Wahrheitsform zu leisten vermag (vgl. JDR. **1** Ziff. 7).

6. BayObLG. **4** 769ff., SeuffA. **59** 82: Der richterliche Eid ist auch dann statthaft, wenn das bisherige Verfahren in Ansehung des Beweises einer bestrittenen Tatsache ganz ergebnislos geblieben ist.

7. OLG. **9** 74 (Hamburg): Der Identitätseid ist kein richterlicher Eid im Sinne der §§ 475ff.

8. OLG. Cöln, Puchelts Z. **34** 731: Diese Bestimmung verlangt keineswegs vorherige Erhebung aller von den Parteien erbotener Beweismittel.

§ 477. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 1170 handelt über die Fassung des richterlichen Eides. — Dem Umstande, daß die Partei, welcher der Eid aufzuerlegen ist, ihrerseits die Tatsache behauptet hat, ist eine absolute Bedeutung für die Fassung des Eides (Wahrheitseid oder Eid über die Überzeugung) nicht einzuräumen (a. a. O. 1173).

Elfter Titel. Verfahren bei der Abnahme von Eiden.

§ 479. Darüber, ob der Beschluß, daß um Abnahme eines im bedingten Endurteil festgesetzten Eides eine auswärtige Behörde zu ersuchen sei, ohne mündliche Verhandlung erfolgen kann, handelt OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** 84 (mit zahlreicher Literaturangabe).

OLG. **9** 74 (Hamburg): Die Anordnung erfordert keine vorgängige mündliche Verhandlung.

Zwölfter Titel. Sicherung des Beweises.

§ 485. 1. **RG.** PosMschr. **04** 128: In dem Rahmen der Sicherung des Beweises kann auch die nachträgliche Beeidigung eines bisher unbeeidigten Zeugen gemäß § 393 Abs. 2 angeordnet werden.

2. Über die Frage, inwieweit in einem anhängigen Rechtsstreite Anträge auf Sicherung des Beweises zulässig sind, heißt es in OLG. Celle, SeuffA. **58** 121: Zu weit geht die Ansicht, die in einem anhängigen bis zur Beschwerdeinstanz gelangten Rechtsstreit das Verfahren zur Sicherung des Beweises für ausgeschlossen hält. Ein Unterschied in der Beurteilung derartiger Beweissicherungsanträge vor und nach Erlaß eines Beweisbeschlusses aber wird zu machen sein. In betreff des dem Prozeßgerichte vorgetragenen Prozeßstoffs hat durch den Beweisbeschluß das Gericht zu erkennen gegeben, welche Tatsachen es als erheblich, welche es als unerheblich, welche der angebotenen Beweismittel es für die Bildung seiner Überzeugung für erforderlich, welche es für entbehrlich erachtet. In betreff dieses vorgetragenen Prozeßstoffs ist keine Veranlassung und kein Raum für einen neuen Beweisbeschluß, und als ein solcher Beweisbeschluß würde sich der einem Beweissicherungsantrage stattgebende Beschluß des Prozeßgerichts charakterisieren. Ein solcher, den Beweissicherungsantrag zulassender Beschluß würde dem § 360 ZPO. widersprechen, ihn umgehen. Es liegt ein Beweisbeschluß bereits vor. Nur in betreff des dem Prozeßgerichte noch nicht vorgetragenen Prozeßstoffs, in betreff neu behaupteter Tatsachen oder neu angebotener Beweismittel wird allerdings auch nach bereits erlassenem Beweisbeschluß ein Verfahren zur Sicherung des Beweises für zulässig erachtet werden müssen.

§ 487. OLG. **9** 138 (Karlsruhe): § 487 Nr. 3 begründet ein durch § 404 Abs. 1 nicht beschränktes Vorschlagsrecht des Gesuchstellers, ohne daß aber dadurch dem Gegner die Befugnis genommen ist, den Sachverständigen schon im Beweissicherungsverfahren gemäß § 406 abzulehnen (§ 492).

§ 488. 1. **RG.** JW. **03** 49: Die Vorschriften des § 488 über die Beweissicherung zur Feststellung von Mängeln eines Werkes oder einer Sache setzen voraus, daß eine solche Feststellung innerhalb oder außerhalb des Prozesses

noch nicht stattgefunden hat. Hat eine solche Feststellung bereits stattgefunden, so ist eine Wiederholung nur beim Vorliegen der Voraussetzungen zulässig, welche sonst für das Verfahren zur Sicherung des Beweises gegeben sind.

2. **RG.** JW. **03** 49: Die Antragsberechtigung des § 488 ist erloschen, wenn eine Feststellung der Mängel des Werkes innerhalb oder außerhalb des Prozesses auf Antrag der Partei bereits stattgefunden hat. Wiederholtes Gesuch einer Beweisaufnahme kann dann nur aus § 487 begründet werden.

Zweiter Abschnitt. Verfahren vor den Amtsgerichten.

§ 505. OLG. Posen, PosMschr. **04** 59: Verweist das Amtsgericht den Rechtsstreit wegen sachlicher Unzuständigkeit vor das Landgericht, so muß es über die im Verfahren vor ihm entstandenen Kosten entscheiden. Ist dies nicht geschehen, so bezieht sich die Kostenentscheidung des Landgerichts mangels entgegenstehender ausdrücklicher Erklärung nicht auch auf die amtsgerichtlichen Kosten, da das Verfahren vor dem Landgerichte keine Fortsetzung des amtsgerichtlichen Verfahrens bildet (vgl. **RG.** JDR. **1** zu § 505).

OLG. Königsberg, NaumbAK. **03** 16: Wenn der Rechtsstreit auf Antrag des Klägers vom Amtsgericht an das Landgericht verwiesen ist, so ist die Ladung zur Verhandlung vor dem Landgerichte dem Beklagten persönlich zuzustellen.

§ 506. Abs. 2. OLG. Posen, PosMschr. **03** 65: Gegen einen amtsgerichtlichen Beschluß, der den Antrag, den Rechtsstreit an das Landgericht zu verweisen, ablehnt, ist Beschwerde nicht zulässig; Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 hat nur zum Ausdruck bringen wollen, daß Beschlüsse, durch welche dem Antrag entsprochen wird, auch nicht in der Berufungsinstanz und in der Revisionsinstanz angefochten werden dürfen.

Drittes Buch. Rechtsmittel.

Vorbemerkung: Monographische Behandlungen des ganzen Gebiets der Rechtsmittellehre sind während der Berichtszeit nicht erschienen. Unter denjenigen Aufsätzen, welche Einzelfragen aus diesem Abschnitte behandeln, erscheint am bedeutsamsten der von Schultzenstein über die reformatio in pejus (vgl. Note 1 zu § 536), der indessen hier, da er in der Hauptsache Vorschläge für die Gesetzgebung enthält, entsprechend dem Zwecke des Jahrbuchs nur kurz angedeutet werden konnte. Ferner sei auf die erschöpfende systematische Behandlung der Zurückverweisung nach Abweisung der Klage durch Schmidt-Bardeleben (vgl. zu § 538 Nr. 3 sub Ziff. 1) hingewiesen.

Unter den Entscheidungen ist die unter Note 4 zu § 516 mitgeteilte des RG. deshalb hervorzuheben, weil sie in der Literatur sowohl wie in der Praxis lebhaften Widerspruch hervorgerufen hat. Besonders beachtenswert sind ferner die zu § 526 unter Note 1 angeführten Reichsgerichtsentscheidungen.

Erster Abschnitt. Berufung.

§ 511. 1. **RG.** JW. **03** 23: Die Entscheidung über übergangene Ansprüche kann nur durch Ergänzungsurteil (§ 321 ZPO.), nicht im Rechtsmittelwege nachgeholt werden, weil die Rechtsmittelinstanz nur über die von der Vorinstanz abgeurteilten Ansprüche entscheiden kann.

2. OLG. **6** 429 (Königsberg): Die Berufung setzt ein streitiges Rechtsverhältnis voraus. Hat sich bei dem Verfahren über eine einstweilige Verfügung die Hauptsache erledigt und ist die Verfügung gegenstandslos geworden, so kann der Provokant mit der Berufung nicht für die Vergangenheit einen richterlichen Ausspruch über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung in der Hauptsache verlangen.

§ 512. OLG. Marienwerder, SeuffA. **58** 373: Ein gemäß § 275 ZPO. erlassenes Zwischenurteil, welches keine sachliche Entscheidung enthält, sondern nur eine Einrede als verspätet verwirft, ist der materiellen Rechtskraft nicht fähig, es wird deshalb von der gegen das Endurteil eingelegten Berufung ergriffen.

§ 514. 1. Oetker, JLBl. **15** 123: Die Frage, ob ein Verzicht auf Rechtsmittel vor Erlaß des Urteils statthaft ist, ist keine materiell-rechtliche (s. Motive), sondern eine prozeßrechtliche. Die Frage erledigt sich durch einen Analogieschluß aus § 1025. Können die Parteien durch Schiedsvertrag den Rechtsweg überhaupt ausschließen, so müssen sie durch beschränkten Vertrag die Rechtsmittelinstanz zu beseitigen imstande sein. Anders in den von der Offizialmaxime mit beherrschten Verfahrensarten. Derselben Meinung Seuffert, Kommentar Bem. 1 zu § 514.

2. OLG. Colmar, R. **03** 45: Je nachdem ein Verzicht nach oder vor Erlaß des Urteils abgegeben ist, stellt er sich als eine durch § 514 geregelte Prozeßhandlung oder als ein nach bürgerlichem Recht zu beurteilendes Rechtsgeschäft unter Lebenden dar. S. auch unten Note 1 zu § 566.

§ 515. Abs. 3. 1. Landsberg, PosMschr. **04** 21, tritt für die Beseitigung des „Verlustigkeitsurteils“ ein, weil dieses überflüssig sei und nur den Erfolg habe, dem Gegner zwecklose beträchtliche Kosten zur verursachen. Der Nachweis der Rechtskraft des angefochtenen Urteils könne auch auf andere Weise leicht geführt werden.

2. Wolff, R. **04** 132: Zu den vom Berufungskläger zu tragenden Kosten der Berufung sind die nach § 344 ZPO. in einem Versäumnisverfahren dem Berufungsbeklagten als dem säumigen Teile auferlegten Kosten nicht zu rechnen.

3. OLG. Posen, PosMschr. **03** 194, R. **04** 107: Ist die Berufung auf Grund eines außergerichtlichen Vergleichs zurückgenommen, so kann der Berufungsbeklagte den Erlaß eines Urteils über die Kosten des Rechtsmittels beantragen. S. unten Note 2 zu § 566.

4. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 4, R. **04** 142: Die Kosten der Vorbereitung einer zwar angekündigten, aber noch nicht erhobenen Anschlußberufung hat der die Berufung Zurücknehmende nicht zu tragen. S. JDR. **I** zu § 515 Note 3.

§ 516. 1. Abs. 1. a) Müller, Buschs Z. **31** 293, erörtert die Frage, welcher Instanz der Zeitraum zuzurechnen ist, der zwischen der Zustellung des Endurteils und der Einlegung des Rechtsmittels bzw. dem Ablaufe der Rechtsmittelfrist liegt. Die Instanz, in der das Urteil erlassen ist, erreicht mit der Zustellung des Endurteils ihr Ende, andererseits wird der Prozeß in der höheren Instanz erst dann anhängig, wenn der Rechtsmittelschriftsatz zugestellt ist. Es entsteht die Frage, welches Gericht, ob das der unteren oder das der höheren Instanz, bei Prozeßhandlungen, welche während der Schwebezeit erforderlich werden, als das zuständige Prozeßgericht anzusehen ist.

Derartige prozessuale Akte sind:

α. der Antrag auf Aussetzung des Verfahrens (§§ 246, 248), wenn die durch einen Prozeßbevollmächtigten vertretene Partei nach der Zustellung des Urteils stirbt;

β. die Ladung zur Aufnahme des Verfahrens (§ 239), wenn der Lauf der Rechtsmittelnotfrist, der durch die Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens aufgehört hat, wieder beginnen soll;

γ. der Antrag auf Sicherung des Beweises (§ 486);

δ. der Antrag auf Erlaß eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung (§§ 919, 943);

ε. die Streitverkündung im Anwaltsprozesse;

c) der Antrag auf Einleitung des Ablösungsverfahrens und Abgabe der Akten an die Generalkommission.

Der herrschenden Ansicht nach ist während der Schwebezeit stets das Gericht der höheren Instanz als zuständig zu erachten. Diese Ansicht hält der Verfasser für verfehlt. Zunächst ist die Tätigkeit des Gerichts, wenn auch in der Regel, so doch keineswegs immer mit der Zustellung des Urteils erledigt (z. B. § 319). Weiter erscheint es vom praktischen Standpunkt aus bedenklich, die Zäsur des Verfahrens auf den Zeitpunkt der Zustellung des Urteils zu verlegen, da dabei eine Tätigkeit des Gerichts nicht stattfindet. Weitere Bedenken gegen die herrschende Ansicht ergeben sich aus dem Kostenpunkt: es ist ungerechtfertigt, daß eine Partei, die die höhere Instanz gar nicht anrufen kann oder nicht anrufen will, wegen einer in der Schwebezeit vorgenommenen Prozeßhandlung die Kosten der höheren Instanz bezahlen soll. Wenn es zu einem Rechtsmittelverfahren gar nicht kommt, und die Hauptsache in der Rechtsmittelinstanz gar nicht anhängig wird, so ist es durchaus unpraktisch, daß trotzdem das Rechtsmittelgericht sich mit der Erledigung von Nebenpunkten befassen soll. Theoretische Bedenken gegen die herrschende Meinung ergeben sich aus der Erwägung, daß das Reichsgericht in die Lage kommen könnte, in Sachen verhandeln zu müssen, in denen die Revision nicht zulässig ist. Auch § 943 läßt sich gegen die herrschende Auffassung verwenden, und schließlich ergibt sich aus den §§ 276, 505 ein zwingender Analogieschluß.

b) *Walsmann, Streitgen. Nebenintervention 234: Der streitgenössische Nebenintervenient kann noch Berufung einlegen, wenn die Frist für die unterstützte Partei verstrichen ist, oder diese auf das Rechtsmittel verzichtet hat.

2. OLG. Cöln, R. **03** 609: Auf die Zustellung des Urteils zur Einlegung der Berufung kann wirksam nicht verzichtet werden.

3. **RG.** Gruchots Betr. **48** 1135: In Ehesachen hat, wenn auch die Parteien nach Erlaß des Scheidungsurteils auf Berufung verzichtet haben, gleichwohl die durch § 625 ZPO. angeordnete Zustellung des Urteils von Amts wegen zu erfolgen. Mit dieser Zustellung beginnt die Berufungsfrist. Der Verzicht ist erst nach der einwandweise erfolgten Geltendmachung in der Berufungsinstanz zu berücksichtigen.

4. Abs. 2.

RG. 55 20, JW. **03** 270: Wenn durch Zustellung einer Berufungsschrift mit Terminsbestimmung vor der Urteilszustellung, also wirkungslos, Berufung eingelegt ist, so ist die Terminsbestimmung durch die Einleitung eines solchen Verfahrens verbraucht. Es genügt deshalb zur formgerechten Einlegung der Berufung nicht, daß die Zustellung der Berufungsschrift mit der alten Terminsbestimmung nach oder gleichzeitig mit der Urteilszustelluug wiederholt wird. Ebenso OLG. Hamburg, SeuffA. **58** 423.

Gegen die Richtigkeit dieser Entscheidungen: Landsberg, PosMschr. **03** 101f., ferner *Westrum, JW. **03** 366. Letzterer bekämpft diese neue reichsgerichtliche Auffassung als im Gesetz nicht begründet, zeigt, zu welchen nutzlosen Weitläufigkeiten und zu welchen ungeheuerlichen Folgen sie in konsequenter Anwendung auf andere Fälle unwirksamer Zustellungen führe. Er tritt bei dieser Gelegenheit für die Zulassung wirksamer Einlegung von Rechtsmitteln vor Zustellung der anzufechtenden Entscheidung ein unter Hinweis auf die entsprechenden, praktisch bewährten Vorschriften der hannöverschen bürgerlichen Prozeßordnung.

Entgegen dem RG. auch das KG., KGBl. **04** 79, R. **04** 578: Die Ladung nebst Terminsbestimmung könnte durch die einmalige vorzeitige Zustellung der Berufungsschrift nur dann als verbraucht gelten, wenn das Gesetz überhaupt nur ihren einmaligen Gebrauch gestattete. Aber dafür ist kein Anhalt gegeben.

§ 518. 1. *Walsmann, Streitgen. Nebenintervention 235 f.: Der streitgenössische Nebenintervenient muß die Berufung im eigenen Namen einlegen.

2. DJZ. **04** 409 (KG.): Ist die Berufungsschrift vor Ablauf der Berufungsfrist auf der Gerichtsschreiberei eingereicht, so erfüllt die gesetzlichen Formalien nicht nur eine durch Vermittelung des Gerichtsschreibers binnen zwei Wochen nach Einreichung bewirkte ordnungsmäßige Zustellung dieser Schrift, sondern auch jede andere innerhalb dieser Frist — z. B. von Anwalt zu Anwalt — erfolgte ordnungsmäßige Zustellung der Berufungsschrift.

3. OLG. Breslau, OLG. **9** 76, R. **04** 485: Ist, nachdem das gegen den Verwalter einer Konkursmasse ergangene Urteil erster Instanz zugestellt ist, das Konkursverfahren aufgehoben worden, so wird auch durch Zustellung der Berufungsschrift an den Prozeßbevollmächtigten des Konkursverwalters wirksam Berufung eingelegt.

4. Abs. 2 Nr. 1.

a) **RG.** JW. **03** 25, R. **03** 132: Dem Berufungsbeklagten muß erkennbar sein, gegen welches Urteil (von mehreren am selben Tage zwischen denselben Parteien ergangenen Urteilen) die Berufung sich wendet, doch ist bei Beurteilung der Frage der Erkennbarkeit nicht nur auf den Inhalt der Berufungsschrift, sondern auch auf die sonstigen Umstände des Falles Rücksicht zu nehmen; es ist von der Annahme eines ordnungsmäßigen Vorgehens des Berufungsklägers auszugehen.

b) OLG Bamberg, OLG. **7** 289, R. **03** 554: Unrichtige Angabe des Datums des Urteils in der Berufungsschrift kann nur dann zu Zweifeln über die Wirksamkeit der Berufungseinlegung führen, wenn noch ein Rechtsstreit zwischen denselben Parteien vor demselben Gericht anhängig gewesen und auch in diesem ein Urteil ergangen wäre, auf das sich möglicherweise die Berufung hätte ebenfalls beziehen können. Die Gültigkeit der Berufungseinlegung wird nicht durch jede beliebige Unrichtigkeit in der Bezeichnung des Urteils beseitigt; nur ein wesentlicher Mangel, ein solcher, welcher geeignet ist, bei dem Berufungsbeklagten einen berechtigten Zweifel an der Identität des angefochtenen Urteils hervorzurufen, würde das Rechtsmittel unwirksam machen.

5. Abs. 2 Nr. 3.

a) **RG.** **55** 305, JW. **03** 383, R. **03** 554: Enthält die dem Berufungsbeklagten zugestellte Abschrift der Berufungsschrift einen von der Terminsanberaumung des Vorsitzenden auf der Urschrift abweichenden Termin, so fehlt es an einer ordnungsmäßigen Ladung und damit an einer rechtswirksamen Einlegung der Berufung. (A. M. OLG. Braunschweig, OLG. **9** 94.)

b) BayObLG. **4** 201, R. **03** 267: Es ist nicht notwendig, daß für die Ladung gerade die Worte des Gesetzes, insbesondere der Zusatz „über die Berufung" gebraucht werde, wenn es nur nach dem Inhalte der Berufungsschrift keinem Zweifel unterliegen kann, daß der Berufungskläger den Berufungsbeklagten zur mündlichen Verhandlung über die Berufung vor das Berufungsgericht laden wollte.

§ 519. Abs. 2. OLG. Hamburg, HansGZ. **03** Beibl. 60, R. **03** 185: Die Erklärung in der Berufungsinstanz, inwieweit das erstinstanzliche Urteil angefochten werde, enthält keinen definitiven Verzicht auf das Recht der Berufung bezüglich des übrigen Inhalts des Urteils, vielmehr ist eine Erweiterung der Anträge bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung zulässig.

§ 521. 1. **RG.** **55** 276, JW. **03** 373: Enthält ein Urteil die Entscheidung über zwei selbständige Ansprüche, so kann die Entscheidung über den einen Anspruch mit der Berufung angefochten, auf die Anfechtung der Entscheidung

über den anderen Anspruch aber verzichtet werden. Der Verzicht auf das Recht der Berufung schließt alsdann die Abänderung des erstinstanzlichen Urteils durch das Berufungsgericht im Umfange der Verzichterklärung aus. Diese Unabänderlichkeit der Entscheidung über den einen der Ansprüche wirkt auch gegenüber dem Berufungsbeklagten, wenn dieser unterlassen hat, den Eintritt der Rechtskraft durch die eigene Einlegung der Berufung zu verhindern. Hat also bei Geltendmachung zweier Ansprüche in einer Klage der Kläger auf die Berufung gegen die durch seinen Eid bedingte Entscheidung über den einen Anspruch verzichtet, gegen die abweisende Entscheidung über den anderen Anspruch aber Berufung eingelegt, so kann er nach Ablauf der Berufungsfrist die Abnahme des Urteilseides beantragen, wenn der Beklagte innerhalb dieser Frist nicht seinerseits gegen diesen Urteilsteil Berufung eingelegt hat. Ebenso inhaltlich:

2. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 26, R. **04** 196: Hat die eine Partei sich nach Ablauf der Berufungsfrist der vom Gegner eingelegten Berufung angeschlossen, so steht ihr die Anfechtung des Urteils nur in dem Umfange zu, als dieses nicht durch eine Beschränkung oder teilweise Zurücknahme der ursprünglich ohne Beschränkung eingelegten Berufung des Gegners sowohl der letzteren, als damit auch der Anschließung entrückt ist.

3. **RG.** JW. **03** 314, SeuffA. **58** 471: Die Anschließung ist nur soweit zuzulassen, als das Hauptrechtsmittel sich erstrecken könnte; soweit aber die Entscheidung dem Hauptrechtsmittel unzugänglich ist, liegt sie überhaupt außerhalb des Umfanges der durch das Rechtsmittel eröffneten Anfechtung und demgemäß auch außerhalb des Gebiets der möglichen Anschließung. S. auch JDR. **1** Note 1 zu § 521.

§ 523. **RG.** **53** 359, JW. **03** 123, DJZ. **03** 201, R. **03** 239: Hat der Berufungsrichter entschieden, daß in einem Vorbringen des Klägers in der Berufungsinstanz eine Klagänderung nicht liege (§ 270 ZPO.) und daraufhin in der Sache selbst erkannt, so kann, wenn später die Sache unter Aufhebung des Berufungsurteils an das Berufungsgericht zurückverwiesen ist, weil die Verteidigung der Beklagten nicht richtig und genügend gewürdigt war, in der neu eröffneten Berufungsinstanz der Einwand der Klagänderung nicht mehr erhoben werden.

§ 525. BayObLG. **4** 141: Ist die Berufung unbeschränkt eingelegt, so hat die Ankündigung eines beschränkten Berufungsantrags in einem vorbereitenden Schriftsatze für die Festsetzung der Prozeßgebühr keine Bedeutung; sie würde den Berufungskläger nicht gehindert haben, in der mündlichen Verhandlung einen weitergehenden Antrag zu stellen.

§ 526. 1. **RG.** **54** 7, JW. **03** 150, SeuffA **59** 210: Der Vortrag des Tatbestandes muß durch die Parteien erfolgen. Es beruht auf einer Verletzung der Vorschriften über das mündliche Verfahren, wenn in der Berufungsverhandlung nicht die Parteien, sondern einer der Richter einen von ihm aus den Akten entworfenen Tatbestand vorträgt, mögen auch die Parteien das Vorgetragene als richtige Wiedergabe der Verhandlung in erster Instanz anerkennen und alsdann weiter zur Sache verhandeln. Die Tatsache, daß die Prozeßbevollmächtigten der Parteien ihr Einverständnis mit diesem Verfahren erklären, ist völlig gleichgültig, da Vorschriften verletzt sind, auf deren Befolgung eine Partei wirksam nicht verzichten kann. (S. o. Ziff. 1a zu § 128.)

Inhaltlich ebenso **RG.** JW. **04** 65. Gegen die Richtigkeit der ersteren Entscheidung Pfizer, DJZ. **03** 355, der das vom Berufungsgericht eingeschlagene Verfahren für nicht gesetzeswidrig und in vielen Fällen für zweckmäßig hält.

2. **RG.** SeuffA. **59** 34: Ist in der Berufungsinstanz ein Zeuge vernommen worden, dessen Aussage gemäß § 161 nicht protokolliert worden ist, so

genügt es nicht, wenn in der Schlußverhandlung vor dem inzwischen anders besetzten Gericht der bisherige Tatbestandsentwurf mit der darin festgelegten Aussage des Zeugen im Einverständnis der Parteivertreter verlesen wird, und zwar selbst dann nicht, wenn dieser Vortrag durch die Parteien erfolgt.

§ 527. 1. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 1174: In dem Übergang von der Feststellungsklage zur Leistungsklage liegt keine unzulässige Klagänderung. (Vgl. IDR. **1** Note III 3 zu § 268 und o. Ziff. II 3 zu § 268.)

2. SächsOLG. **24** 477: Unzulässige Klagänderung ist die Erstreckung der gegen die Mutter mitgerichtet gewesenen Klage auf das inzwischen geborene Kind.

3. **RG. 53** 35, IW. **03** 5, SeuffA. **58** 82, R. **03** 132: Wenn das Berufungsgericht auf eine in zweiter Instanz erfolgte Erweiterung der Klagbegründung die Klage aus sachlichen Gründen abgewiesen hat, ohne zuvor festzustellen, daß in dem neuen Vorbringen keine unzulässige Klagänderung liege, so kann der Kläger auf diese Prozeßordnungswidrigkeit keine Revision gründen, weil er durch den Verstoß nicht beschwert ist. (S. o. Ziff. 1 zu § 264.)

4. **RG.** IW. **03** 124: Die Frage, ob eine unzulässige Klagänderung von dem Berufungsgericht mit Recht angenommen worden ist, unterliegt als eine Frage, welche die Gesetzmäßigkeit des Verfahrens betrifft, gemäß § 554 Nr. 2 ZPO. der selbständigen Nachprüfung des Revisionsgerichts.

In dem Übergang von der auf Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung gestützten Klage zu der Wandelungs- oder Minderungsklage liegt eine unzulässige Klagänderung.

§ 528. **RG.** IW. **03** 49: Auf die prozeßhindernde Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs kann, weil öffentlichen Rechtes, die Partei nicht rechtswirksam verzichten, auf sie findet § 528 Abs. 1 Satz 1 also keine Anwendung.

§ 529. 1. Abs. 1. a) OLG. **9** 78 (KG.): Ein im ersten Abschnitte des Wechselprozesses erhobener Einwand, der im Nachverfahren nicht wieder aufgenommen worden ist, ist so anzusehen, als ob ihn der Beklagte fallen gelassen hätte. Die Geltendmachung in der Berufungsinstanz ist also unzulässig.

b) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 193: Die prozessuale Frage, ob Protokolle über die im Nachverfahren erfolgte Zeugenvernehmung in der Berufungsinstanz des Wechselprozesses verwertbare Beweismittel seien — und zwar in ihrer Eigenschaft als Urkunden —, ist zu bejahen.

c) **RG. 57** 223: Das Recht, in der Berufungsinstanz neue Tatsachen vorzubringen, wird durch die Bestimmung des § 927 ZPO. nicht berührt. Es können also in der Berufungsinstanz des Verfahrens über die Bestätigung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung neue Tatsachen vorgebracht werden, und zwar ohne Unterschied, ob solche vor oder nach Erlaß des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung eingetreten sind.

2. Abs. 2. a) **RG.** IW. **03** 400, R. **04** 48: Die Entscheidung, daß eine unzulässige Klagänderung vorliege, schließt jede weitere Entscheidung über den solchergestalt aus dem Prozesse gewiesenen Anspruch aus.

b) **RG.** R. **04** 606: Im Patentverletzungsstreit kann der erst in zweiter Instanz erhobene Schadensersatzanspruch nicht als eine bloße Erweiterung des ursprünglichen, allein auf Untersagung gerichteten Klaganspruchs angesehen werden und ist daher bei Widerspruch des Beklagten zurückzuweisen.

c) **RG.** Gruchots Beitr. **47** 1176: Das Recht, den Klagantrag gemäß § 268 Nr. 2 ZPO. zu erweitern, steht dem Kläger in der Berufungsinstanz auch dann zu, wenn nicht er die Berufung eingelegt hat, sondern er sich nur der Berufung des Beklagten angeschlossen hat.

d) **RG.** 55 57, R. **03** 529, SeuffA. **59** 379: Die Vorschrift des § 529 Abs. 2 findet für das Beschwerdeverfahren keine analoge Anwendung. Eine Erweiterung des Antrags in der Beschwerdeinstanz ist also zulässig.

§ 530. BayObLG., SeuffA. **58** 292: Der Verlust des Rügerechts bezieht sich nur auf die Gesetzesverletzungen, deren Rüge unterlassen worden ist, setzt aber nicht das verletzte Gesetz für künftige Fälle derselben Art außer Wirksamkeit. Ist also in erster Instanz unzulässigerweise die Vernehmung eines Zeugen uneidlich erfolgt, so ist das Berufungsgericht befugt, denselben Zeugen bei wiederholter Vernehmung zu vereidigen.

§ 532. 1. OLG. Posen, SeuffA. **58** 203: Zum gerichtlichen Geständnis genügt die Angabe, eine gegnerische Behauptung nicht bestreiten zu wollen, vorausgesetzt, daß diese Erklärung mit dem Willen abgegeben wird, jene Tatsache außer Streit zu setzen.

2. OLG. Hamburg, DJZ. **04** 415, SeuffA. **58** 475: Die Erklärung, eine vom Gegner behauptete Tatsache „für diese Instanz" nicht bestreiten zu wollen, ist kein Geständnis, das für die Berufungsinstanz Geltung behält, sondern allenfalls ein Geständnis mit einer Einschränkung, welche für zulässig zu halten ist und deshalb ein Bestreiten in der Berufungsinstanz gestattet.

§ 534. **RG.** **55** 100, JW. **03** 289: Der in erster Instanz unterlassene Antrag, das Urteil gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären, kann, sofern nicht die besonderen Voraussetzungen des § 534 vorliegen, in der Berufungsinstanz nicht mehr nachgeholt werden.

§ 535. **RG.** JW. **04** 211, R. **04** 285: Durch die Übergabe des Rechtsmittelschriftsatzes an einen zur Entgegennahme befugten Beamten — selbst in dessen Privatwohnung — und durch dessen Annahme des Schriftstücks zur amtlichen Verwahrung ist die Voraussetzung des § 207 Abs. 2 ZPO. erfüllt (vgl. im Übrigen o. Ziff. 3 zu § 207).

§ 536. 1. *Schultzenstein, Reformatio in pejus, Buschs Z. **31** 1 ff., tritt für eine Beseitigung des Verbots der reformatio in pejus ein. Er bekämpft die Richtigkeit der für das Verbot angeführten Gründe: Das Verbot lasse sich weder aus der Natur des Rechtsmittels, noch aus der Fähigkeit der Entscheidungen, rechtskräftig zu werden, noch aus der Verhandlungsmaxime herleiten. Wenn auch für den Strafprozeß vielleicht besondere Gründe dafür vorhanden sein mögen, zum Besten des Beschuldigten eine reformatio in pejus auszuschließen, so bleiben im Zivilprozeß nur noch prozeßpolitische (prozeßtechnische) Gründe dafür übrig, ob es eine reformatio in pejus geben soll oder nicht (47). Sie zuzulassen oder nicht, ist deshalb weniger eine wissenschaftliche Prinzipienfrage als eine praktische Zweckmäßigkeitsfrage, deren Beantwortung davon abhängig ist, wie weit man für den Zivilprozeß dem Streben nach materieller Wahrheit Rechnung tragen will. Das Verbot führt dahin, daß in unerträglicher Weise bloß formelles Recht geschaffen wird, seine Konsequenzen verstoßen nicht selten gegen die Logik. Dies würde vermieden und die unzähligen Streitfragen, die sich an das Verbot der reformatio in pejus und die Zulässigkeit der Anschließung an die Rechmittel anknüpfen, würden beseitigt werden, wenn das Verbot aufgehoben würde. Auch darf sich der Zivilprozeß von dem Ziele, das materielle Recht zur Anerkennung zu bringen, nicht zu weit entfernen: Die Allgemeinheit hat ausreichenden Anteil daran, daß eine von dem Organe des Staates erlassene unrichtige Entscheidung im Streben nach Wiederherstellung der Gerechtigkeit auch zugunsten desjenigen, der sich untätig verhalten hat, in melius reformiert werden kann. Man möge deshalb den Richter der höheren Instanz zum vollständigen Herrn der an ihn gelangten Streitsache behufs Ermöglichung ihrer richtigen Entscheidung machen.

Vgl. auch Schultzenstein (Rechtskraft und reformatio in pejus), VerwArch. **11** 421 ff., und Schneider, R. **04** 490.

Demgegenüber verteidigt den bestehenden Rechtszustand Heine, R. **03** 389.

2. RG. **54** 10, JW. **03** 179: Wenn in erster Instanz die Klage nur zur Zeit abgewiesen ist, der Kläger Berufung eingelegt und der Beklagte sich nicht angeschlossen hat, so ist das Berufungsgericht nicht in der Lage, ein von ihm für richtig erachtetes, dem Kläger jedoch ungünstigeres Urteil an die Stelle des Urteils erster Instanz zu setzen. Ist das Urteil unbedingt ungünstiger, so ist lediglich die Berufung zurückzuweisen. Ist das Urteil nur im Falle einer für erforderlich gehaltenen Eidesleistung des Beklagten ungünstiger, bei Eidesweigerung dagegen günstiger für Kläger, so ist das Urteil abzuändern, dabei indes der Eidesleistung nur eine der Tragweite des erstinstanzlichen Urteils entsprechende Wirkung, also als Folge der Eidesleistung auch nur die zeitweilige Abweisung der Klage beizulegen. S. auch JDR. **1** Note 1 zu § 536.

§ 537. 1. RG. **56** 31, JW. **04** 7, R. **04** 107: Mit dem Zeitpunkte, wo die Berufungsanträge nicht mehr erweitert werden können, also mit dem Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz, tritt Gewißheit darüber ein, wie weit die Entscheidung der Vorinstanz unangefochten geblieben ist. Mit diesem Augenblicke tritt folgeweise der nicht angefochtene Teil in Rechtskraft. Gleichgültig ist dabei, ob auf die letzte mündliche Verhandlung in der Berufungsinstanz ein Endurteil oder ein Zwischenurteil gemäß § 304 ZPO. erlassen worden ist.

2. RG. JW. **03** 400: Daraus, daß einer der die Ansprüche der Klage betreffenden Streitpunkte, der Klagegrund des Schadensersatzes, vom ersten Richter unentschieden gelassen ist, kann nicht gefolgert werden, daß die Verhandlung und Entscheidung in der Berufungsinstanz auf das vom ersten Richter zur Grundlage seiner Entscheidung gemachte Fundament zu beschränken gewesen sei. Das Berufungsgericht war daher nicht gehindert, über beide Klagegründe eine Entscheidung zu treffen. S. auch JDR. **1** Note 2 zu § 537.

§ 538. Nr. 2.

a) RG. JW. **04** 238, Gruchots Beitr. **48** 1138, R. **04** 316: Für die Anwendbarkeit des § 538 Nr. 2 ist nicht zu erfordern, daß die prozeßhindernde Einrede gerade durch Verweigerung der Einlassung zur Hauptsache geltend gemacht wurde. Hat das Gericht erster Instanz nur über die prozeßhindernde Einrede entschieden, so darf das Berufungsgericht, wenn es entgegen dem ersten Urteile die prozeßhindernde Einrede für unbegründet ansieht, nicht in der Sache selbst entscheiden, sondern es hat die Sache nach Aufhebung bzw. Abänderung des angefochtenen Urteils an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen, und zwar unabhängig von den Parteianträgen.

b) OLG. Hamburg, HansGZ. **04** Beibl. 76, R. **04** 285: Hat dagegen das Gericht erster Instanz die Klage wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung von Amts wegen (nicht auf Einrede hin) abgewiesen, so ist eine Zurückweisung nicht erforderlich. Ebenso OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 148, R. **04** 504.

Nr. 3.

1. *Schmidt-Bardeleben, Zurückverweisung nach Abweisung der Klage, Gruchots Beitr. **47** 588 ff., 781 ff.

I. Die neue Vorschrift des § 538 Nr. 3 hat für ihre Anwendung folgende Voraussetzungen:

a) Erhebung eines Anspruchs durch Klage oder Widerklage (nicht mittels Einrede): Sie ist auch anwendbar auf einzelne Posten einer Klagerechnung, welche sich auf ein selbständiges materielles Recht gründen (im Gegen-

satz zu dem Falle, daß sie auf einem gemeinschaftlichen Fundamente beruhen) (596).

b) Geltendmachung eines teilbaren Betragsanspruchs, d. h. von zahlenmäßiger, quantitativer Bestimmtheit, der in einem bestimmten Betrag erhoben ist (im Gegensatze zu Individualansprüchen). Sie ist auch anwendbar bei hilfs- und ersatzweise erhobenen Ansprüchen, obwohl an erster Stelle ein Individualanspruch geltend gemacht ist; bei Wahlansprüchen, obwohl die eine zur Wahl stehende Leistung unteilbar ist; bei einer Betragsforderung neben einem Individualanspruch (602, 781).

c) Streitigsein des Anspruchs wegen Grund und Betrag: Die Frage, ob ein nach Grund und Betrag streitiger Anspruch vorliegt, ist in einem gewissen Zeitpunkte nur einheitlich zu lösen und kann für einzelne Teilbeträge nicht verschieden beantwortet werden (602).

d) Trennbarkeit des Streitstoffs nach Grund und Betrag: Die Unmöglichkeit getrennter richterlicher Entscheidungen über jeden von ihnen schließt die Anwendbarkeit der Vorschrift aus. Übergroße Schwierigkeit der Trennung ist ebenso zu behandeln (606).

e) Abweisung eines Klaganspruchs, weil er seinem Grunde nach nicht für gerechtfertigt erachtet wurde: Die Anwendbarkeit ist ausgeschlossen, wenn durch das angefochtene Urteil der Anspruch wegen mangelhafter Begründung seines Betrags abgewiesen wurde (608).

Diese Voraussetzungen müssen zur Zeit der Erlassung des erstinstanzlichen Urteils vorliegen; ihr Vorhandensein bei der Fällung des Urteils des Berufungsgerichts ist nicht maßgebend. In zweiter Instanz neu erhobene Ansprüche sind danach vom Berufungsgericht ohne Zurückverweisung vollständig zu erledigen, während diese stattzufinden hat nach bloßen Klagänderungen sowie bei Erweiterungen des Klagantrags und Veränderungen des Streitgegenstandes (§ 268 Nr. 2, 3) (613).

f) Das Erfordernis der „weiteren Verhandlung". Als eine solche ist jede Verhandlung aufzufassen, welche den Betrag des Anspruchs betrifft und sich nicht auf seinen Grund beschränkt. Dagegen kommt es nicht darauf an, ob der dem Berufungsgericht unterbreitete Prozeßstoff diesem tatsächlich ohne weiteres die Unterlage für eine Entscheidung über den Betrag gewährt, oder ob eine solche erst auf Grund einer ferneren Verhandlung, insbesondere erst nach einer Vertagung oder Beweiserhebung ergehen kann; eine widersprechende weitere Verhandlung wird nicht gefordert (617).

II. Verfahren.

Das Berufungsgericht ist beim Vorliegen dieser Voraussetzungen zur Zeit nur befugt, sich mit dem Streite über den Grund des Anspruchs zu befassen; für den Betragsstreit ist es dagegen zeitlich unzuständig. Die Parteien können zur Zeit ohne Rechtsnachteil die Verhandlung und Erklärung über den weitergehenden Prozeßstoff des Betragsstreits ablehnen. Das Berufungsgericht hat alle prozeß- und materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Bejahung des Bestehens des Anspruchs sowie die gegen seinen Bestand gerichteten prozessualen und materiellen Einreden endgültig zu erledigen, so daß die übrig bleibenden Streitpunkte nur noch geeignet und bestimmt sind, den Anspruch in seiner Höhe herabzusetzen (623). Betragseinreden (z. B. der Aufrechnung und Zahlung) sind regelmäßig auch im Streite über den Grund des Anspruchs zu erledigen; dem Nachverfahren über den Betrag werden sie nur zu überlassen sein, wenn klar erkennbar ist, daß sie lediglich zur Herabminderung des Klaganspruchs (als Rechnungsfaktor) geltend gemacht sind (627). Wenn eine Gegenforderung teilweise durch Einrede, teilweise (in Höhe des durch die Klagforderung nicht verbrauchten

Überschusses) durch **Widerklage** geltend gemacht ist, muß die Ermittelung der Höhe der Forderungen soweit stattfinden, daß bei der einen von ihnen ein Überschuß vorhanden und sie somit ihrem Grunde nach gerechtfertigt ist. Die Zurückverweisung in die erste Instanz darf sich nicht auf den Klage- und Widerklageanspruch beziehen, wenn nur für den einen von ihnen die Voraussetzungen des § 538 Nr. 3 vorliegen (781).

A. M. **RG.** Gruchots Beitr. **45** 372, JW. **02** 217, **RG. 47** 418.

III. Das **Urteil** aus § 538 Nr. 3 (§ 304) stellt fest, daß der klägerische Anspruch zu irgend einem Teile besteht, dessen Höhe jedoch noch ungewiß ist. Da die Frage des Bestehens eines einheitlichen Anspruchs nicht zugleich bejaht und verneint werden kann, so wird ein Teilurteil über seinen Grund nicht erlassen werden können (786); doch kann dieser durch Angabe derjenigen Tatsachen, aus welchen er sich ergibt, im Urteile näher bestimmt, erläutert, begrenzt und eingeschränkt werden (791). Ein solches Urteil kann auch „unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung" (§ 302) oder „der Geltendmachung von Verteidigungsmitteln" (§§ 540, 529) ergehen (793). Über Nebenforderungen und Kosten hat es, abgesehen von den Fällen der Kostenaussonderung (§§ 95, 96, 97 Abs. 2), keine Entscheidung zu treffen (795).

Zu einem Urteile über den Betrag des Anspruchs ist das Berufungsgericht zeitlich unzuständig; es kann den Anspruch dem Kläger in diesem Abschnitte des Verfahrens zu irgend einem bestimmten zahlenmäßigen Teile weder zu- noch aberkennen (796). Zur Erlassung von Anerkenntnis-, Verzichts- und Versäumnisurteilen wegen Grund und Betrag des Anspruchs ist es indes unbeschränkt befugt (798, 809).

Das Urteil aus § 538 Nr. 3 (§ 304) gibt in dem anhängigen Rechtsstreit gegen jedes Zurückgreifen auf den Streit über den Grund des Anspruchs die formelle Einrede der rechtskräftigen Entscheidung, welche sich aber nicht auf denjenigen Betrag des Anspruchs erstreckt, welcher zur Zeit der Urteilsfällung noch nicht anhängig war (804). Materielle Rechtskraftwirkungen hat es überhaupt nicht, so daß die in ihm erfolgte Feststellung für einen anderen gleichzeitig schwebenden oder später eingeleiteten Prozeß belanglos ist (807).

IV. Das **Nachverfahren** hat erst nach Rechtskraft des Urteils des Berufungsgerichts zu beginnen. Auf dem Gebiete des Grundes des Anspruchs ist das Gericht jeder Instanz an die in dem Urteile enthaltenen näheren Festsetzungen, tatsächlichen Feststellungen und niedergelegten Rechtsauffassungen gebunden, während es in bezug auf den Betragsstreit davon unabhängig ist und vollständig freie Hand hat (813).

Nach Erlassung des Urteils entstandene Einreden sind noch zuzulassen, wenn sie prozessualer Natur sind; dagegen nicht, wenn sie dem materiellen Rechte entnommen sind (814).

Die mündliche Verhandlung des Nachverfahrens erster Instanz ist ein selbständiger Teil des neuen Instanzenzuges über den Betragsstreit, nicht aber eine Fortsetzung der Verhandlung des Berufungsgerichts, so daß sie sich nach den für das erstinstanzliche Verfahren geltenden Vorschriften regelt (816).

Gegen den Kläger kann, obwohl sein Anspruch dem Grunde nach festgestellt ist, doch noch ein Urteil auf vollständige Abweisung ergehen, wenn sein Anspruch sich bezüglich des Betrages als völlig unbegründet erweist. Gegen den säumigen Kläger hat das Versäumnisurteil auch jetzt noch schlechthin auf Abweisung zu lauten (818).

2. **Voraussetzungen.**

a) **RG. 56** 186, JW. **04** 95, SeuffA. **59** 477, R. **04** 196, 226: Der Fall des § 538 Abs. 1 Ziff. 3 liegt nur dann vor, wenn der eingeklagte An-

spruch bereits in der ersten Instanz nach Grund und Betrag streitig geworden war, und nunmehr entweder eine Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs nach § 304 ZPO. erfolgt oder die Klage abgewiesen ist; dagegen liegt der Fall nicht vor, wenn in erster Instanz lediglich der Grund des erhobenen Anspruchs, nicht aber der Betrag vom Beklagten bestritten worden ist.

b) **RG.** R. **04** 554: Der § 538 Ziff. 3 setzt eine Leistungsklage voraus, kann also bei einer Klage auf Feststellung eines Schadensersatzanspruchs keine Anwendung finden.

c) **RG. 56** 116, JW. **03** 432: Wenn bei einer Klage auf Rechnungslegung der Kläger die bestimmte Angabe der geforderten Leistung vorbehalten hat, so ist der Fall eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs nicht gegeben, es darf also das Berfungsgericht, wenn der erste Richter die Klage abgewiesen hat, die Sache nicht zurückverweisen.

d) **RG.** SeuffA. **59** 476: Eine weitere Verhandlung der Sache in erster Instanz ist stets erforderlich, wenn der erste Richter die Klage abgewiesen hat, der Berufungsrichter dagegen den Anspruch für begründet hält. Denn in solchem Falle hat die Vorinstanz über den streitigen Betrag noch nicht erkannt, und der Zweck des Gesetzes ist gerade der, in diesen Fällen der Partei über einen Streitpunkt, der der richterlichen Entscheidung bedarf, das rechtliche Gehör in zwei Instanzen zu gewähren.

3. OLG. **7** 291, R. **03** 364 (KG.): Eine Zurückverweisung nach § 538 Nr. 3 hat nicht stattzufinden, wenn der erste Richter bereits über den Betrag des Anspruchs befunden hat und dabei zur Klagabweisung gelangt ist. Bei einer rein wörtlichen Auslegung würde freilich die Bestimmung stets dann anwendbar sein, wenn nur ein nach Grund und Betrag streitiger Anspruch vorliegt und die deswegen erhobene Klage durch das angefochtene Urteil abgewiesen wurde. Es erscheint jedoch eine engere Auslegung geboten, nämlich dahin, daß die Abweisung der Klage gerade deswegen erfolgte, weil der Anspruch vom ersten Richter seinem Grunde nach für nicht gerechtfertigt angesehen wurde.

4. OLG. **7** 290, R. **03** 364, 555 (KG.): Macht Kläger mehrere selbständige Ansprüche geltend, so findet, so weit sie nach Grund und Betrag streitig sind, auf jeden einzelnen die Vorschrift des § 538 Nr. 3 selbständige Anwendung.

5. **RG.** R. **04** 632: Die Zurückverweisung kann auch bezüglich eines mit Widerklage geltend gemachten Anspruchs erfolgen.

6. **RG.** JW. **03** 47: Wird bei einem über den Schadensgrund vorab entscheidenden Urteil die ausdrückliche Zurückverweisung der Sache in die erste Instanz übersehen, so ist das unschädlich; die Zurückverweisung versteht sich, sofern eine weitere Verhandlung erforderlich ist, von selbst.

§ 539. 1. Mängel des Verfahrens erster Instanz.

a) OLG. **7** 292 (Cassel): In der auf Grund einer nur eventuell geltend gemachten Gegenforderung erfolgten Abweisung der Klage, durch welche ihrem Inhalte nach weder das Klagerecht noch das Recht des aufrechnenden Beklagten erschöpft wird, liegt eine prozessual unzulässige Verschiebung der Entscheidung aus dem anhängigen in einen künftigen Rechtsstreit.

b) OLG. **7** 291 (Colmar): Ein wesentlicher Mangel des Verfahrens liegt vor, wenn das Gericht in einem ein Rechnungsverhältnis betreffenden Prozesse die Feststellung und Prüfung des gesamten Prozeßmaterials einem Sachverständigen überläßt, anstatt gemäß § 348 ein vorbereitendes Verfahren anzuordnen.

c) OLG. Frankfurt, R. **03** 555: In der unrichtigen Anwendung des § 301 ZPO. liegt ein Mangel im Verfahren im Sinne des § 539.

d) OLG. Hamburg, SeuffA. **59** 75: Ein wesentlicher Mangel des Verfahrens liegt darin, wenn das Landgericht eine zulässige Widerklage nicht zugelassen hat.

2. **RG.** JW. **03** 179, R. **03** 364: Das Berufungsgericht ist nicht gezwungen, ein durch Eid bedingtes Zwischenurteil — welches nicht prozeßgerecht ist — aufzuheben, sondern es kann geeignetenfalls in der Sache selbst entscheiden.

3. **RG.** JW. **03** 125, R. **03** 267: Ein gemäß § 539 ZPO. erlassenes Berufungsurteil ist ein Endurteil und daher mit der Revision anfechtbar, sofern die das Rechtsmittel einlegende Partei durch das angefochtene Urteil beschwert ist.

§ 540. 1. *Schmidt-Bardeleben, Gruchots Beitr. **47** 793: Ein Berufungsurteil über den Grund eines Anspruchs (§§ 304, 538 Nr. 3) kann auch „unter Vorbehalt der Geltendmachung von Verteidigungsmitteln" ergehen. Vgl. auch Schmidt-Bardeleben, o. unter Nr. 3 des § 538 sub. Ziff. III.

2. BayObLG. **5** 458ff.: Den auf Grund der §§ 304, 529, 540, 541, 599f. ZPO. erlassenen Vorbehaltsurteilen kommt, solange die vorbehaltene Entscheidung noch aussteht, Rechtskraft im Sinne des § 322 ZPO. nicht zu.

3. BayObLG. **4** 802, R. **04** 48: Die Vorschrift des Abs. 1 gilt nur für die Verteidigungsmittel des Beklagten, nicht für Beweismittel, und überhaupt nicht für den Kläger.

§ 541. *Schlegelberger, Zurückbehaltungsrecht 170: Erweist sich die dem Beklagten nach § 540 vorbehaltene Einrede des Zurückbehaltungsrechts im Nachverfahren als begründet, so ist das unter Vorbehalt ergangene Urteil aufzuheben und der Beklagte zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung zu verurteilen.

§ 542. Abs. 2. 1. **RG.** JW. **03** 65, Gruchots Beitr. **47** 1177, HansGZ. **03** Beibl. 172; R. **03** 185: Erscheint in einem zweiten oder ferneren Termin vor dem Berufungsgericht nur der Berufungskläger und bittet, ohne Anträge zu stellen oder etwas anderes als die erfolgte Beweisaufnahme vorzutragen, einfach um Abgabe einer Entscheidung, so kann ein kontradiktorisches Urteil auf Grund der ersten Berufungsverhandlung keinesfalls erlassen werden, sondern nur möglicherweise ein Versäumnisurteil gemäß § 542 ZPO.

2. OLG. Darmstadt, HessRspr. **4** 81, R. **03** 506: Unter „festgestelltem Sachverhältnis" sind zu verstehen die in dem Tatbestand oder in den Gründen des erstinstanzlichen Urteils enthaltenen Behauptungen und Bestreitungen der Parteien bezüglich des gegebenen Streitverhältnisses. Wird in der zweiten Instanz ein Beweisantrag nicht gestellt, so ist in eine Würdigung der erstinstanzlichen Beweislage und Rechtsausführungen einzutreten, insoweit dies das mündliche Vorbringen des Berufungsklägers erforderlich macht.

3. OLG. **7** 293, HansGZ. **03** Beibl. 121, R. **03** 506 (Hamburg): Die Vorschrift im § 542 Abs. 2, daß in Ansehung einer zulässigerweise beantragten Beweisaufnahme anzunehmen sei, daß sie das in Aussicht gestellte Ergebnis gehabt habe, ist nicht mit der herrschenden Meinung dahin zu verstehen, daß zwischen dem fingierten Beweise und den tatsächlich aufgenommenen Beweisen eine Abwägung zu erfolgen habe. Diese Abwägung erhobener und fingierter Beweise ist in Wahrheit unmöglich. Es soll vielmehr, was auch in erster Instanz an Beweisen tatsächlich erbracht sein mag, angenommen werden, die fingierten Beweise hätten den in Aussicht gestellten Erfolg wirklich gehabt.

4. OLG. Jena, ThürBl. **50** 107: Im Versäumnisverfahren gegen den Berufungsbeklagten ist auf einen in erster Instanz von diesem zugeschobenen und vom Gegner angenommenen Eid nicht zu erkennen.

§ 543. **RG.** **56** 28, JW. **04** 67: Die Bezugnahme auf eine einem früheren Beweisbeschluß angehängte oder sonst in den Gerichtsakten enthaltene,

als „Tatbestand" bezeichnete Sachdarstellung ist unzulässig. Vgl. oben Note 1 zu § 526.

Zweiter Abschnitt. Revision.

§ 545. 1. RG. JW. 03 386: Die Revision ist auch zulässig gegen ein Endurteil, welches das Oberlandesgericht in der Beschwerdeinstanz erlassen hat. Ebenso inhaltlich:

2. RG. 52 270, SeuffA. 58 211, R. 03 22: Ist der im Verlauf einer Verhandlung in der ersten Instanz gestellte Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung durch Beschluß abgelehnt worden, darauf vom Oberlandesgericht nach mündlicher Verhandlung über die Beschwerde durch Urteil erkannt worden, so ist gegen dieses Endurteil die Revision zulässig.

§ 546. 1. Vermögensrechtliche Ansprüche.

a) RG. R. 03 555: Wird mit einem vermögensrechtlichen Anspruch ein mit demselben im Zusammenhange stehender familienrechtlicher Anspruch verbunden, so ist die Revision auch bezüglich des vermögensrechtlichen Anspruchs zulässig, selbst wenn derselbe einen Betrag unter 1500 Mark zum Gegenstande hat.

b) RG. JW. 04 391, R. 04 453: Zu den vermögensrechtlichen Ansprüchen gehört auch der, daß sich der Verleger eines Schriftwerks bei Ausübung seines Rechtes innerhalb der durch Gesetz und Vertrag gezogenen Schranken hält, also sich eigenmächtiger Änderungen in oder an dem Werke enthält.

2. Beschwerdegegenstand.

a) RG. JW. 03 26, 04 42, 70, R. 04 142: Für den Wert des Beschwerdegegenstandes kommt nur das Vermögensinteresse des Beschwerdeführers in Betracht; doch kann der Wert des Beschwerdegegenstandes nie höher sein als der Wert des Streitgegenstandes überhaupt. S. auch JDR. 1 Note 2a zu § 546.

b) RG. JW. 03 180: Bei einer Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück bestimmt sich der Wert des Streit- und Beschwerdegegenstandes nach dem Werte der dem Vollstreckungszwange zu unterwerfenden Grundstücke, jedoch abzüglich der auf ihnen haftenden hypothekarischen Schulden, sofern dieser Wert hinter dem Betrage der beizutreibenden Forderung zurückbleibt.

c) RG. JW. 03 387: Bei beschränkt erhobener Schädenforderung kann der Streitwert keinesfalls höher angesetzt werden, als die im Klagantrag geforderte Summe. Die Möglichkeit einer späteren Erweiterung dieses Antrags kommt hierbei ebensowenig in Betracht, wie ein ausdrücklicher Vorbehalt weiterer Ansprüche.

d) RG. JW. 03 97, 174, R. 03 239: Der Umstand, daß der Zinsenanspruch in den Vorinstanzen nur als Nebenforderung geltend gemacht worden ist, steht der Zulassung der Revision nicht entgegen, wenn die Zinsen in der Revisionsinstanz den einzigen Streitgegenstand bilden und daher die Eigenschaft einer Nebenforderung nicht mehr haben. Ebenso inhaltlich BayObLG., R. 03 160, S. auch JDR. 1 Note 2i zu § 546.

e) BayObLG., R. 03 82: Hat das Gericht die Verbindung mehrerer bei ihm anhängiger Prozesse verschiedener Parteien zum Zwecke gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung angeordnet, weil die den Gegenstand der Prozesse bildenden Ansprüche in rechtlichem Zusammenhange stehen, so ist für die Revisionssumme der Gesamtbetrag der geltend gemachten vermögensrechtlichen Ansprüche maßgebend, und kann insbesondere auch jene Partei vom Rechtsmittel der Revision Gebrauch machen, deren Forderung für sich allein den Betrag von

1500 Mark nicht übersteigt, wenn nur die Ansprüche sämtlicher Streitgenossen jenen Betrag übersteigen (vgl. **RG. 6** 416).

3. Abs. 2.

a) **RG.** JW. **04** 237: Bei dem Anspruch auf Abnahme einer gekauften Ware (§ 433 Abs. 2 BGB.) ist für die Bewertung des Streitgegenstandes nicht die Vorschrift des § 6 ZPO. maßgebend, sondern es entscheidet das freie richterliche Ermessen (vgl o. Ziff. 29 zu § 3).

b) **RG.** JW. **03** 125: Bei einem Streit über die Rechtmäßigkeit einer einstweiligen Verfügung, durch welche die Herausgabe des Streitgegenstandes an einen Gerichtsvollzieher zur vorläufigen Verwahrung angeordnet ist, bestimmt sich der Wert des Streitgegenstandes nicht nach § 6, sondern nach § 3 ZPO.

c) **RG.** SeuffA. **59** 334: Die Kosten eines Entwehrungsprozesses sind Nebenforderungen des gegen den Verkäufer erhobenen Gewährleistungsanspruchs und deshalb bei der Berechnung der Revisionssumme außer Betracht zu lassen.

d) **RG. 56** 256, JW. **04** 113: Die gemäß § 767 Abs. 2 BGB. den Bürgen treffende Verbindlichkeit zur Tragung der Kosten des Prozesses gegen den Hauptschuldner ist, weil sie kraft Gesetzes zu der durch den Bürgschaftsvertrag übernommenen Verpflichtung hinzutritt, eine von der letzteren abhängige Nebenverpflichtung und deshalb bei der Berechnung des Beschwerdewerts der Revision nicht zu berücksichtigen.

e) **RG.** JW. **03** 179, R. **03** 364: Auch dann, wenn gegen ein Teilurteil und gegen das Schlußurteil Revision eingelegt und gleichzeitig über beide Revisionen verhandelt wird, findet eine Zusammenrechnung der Beschwerdesummen nicht statt.

4. Abs. 3. a) **RG.** SeuffA. **58** 171, R. **03** 214: Der Antrag, mehr zuzubilligen, als in erster Instanz zuerkannt ist, oder den Beklagten zur Zahlung einer richterlich anderweit festzustellenden höheren Entschädigung zu verurteilen, entspricht nicht dem Erfordernis des § 546, demzufolge die Beschwerdesumme ziffernmäßig glaubhaft gemacht werden muß.

b) **RG.** JW. **03** 401: Die Sachkunde des Ausstellers einer zur Glaubhaftmachung eines höheren Streitwerts dienenden Urkunde muß feststehen.

§ 547. 1. Ziff. 1. a) **RG.** JW. **04** 40, R. **04** 107: Wenn das Gericht erster Instanz die Verhandlung auf die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs beschränkt und den Rechtsweg für unzulässig erklärt, darauf das Berufungsgericht den Rechtsweg für zulässig erklärt und in der Sache selbst entschieden hat, so kann beim Mangel der Revisionssumme die Revision nicht auf die Rüge eines Prozeßverstoßes gestützt werden.

b) BayObLG., R. **03** 404: Wenn das Berufungsgericht die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen hat, so ist für die Frage der Zulässigkeit der Revision ein im Berufungsurteil befindlicher Ausspruch, daß die Klage überdies sachlich unbegründet sei, ohne Bedeutung.

c) **RG. 58** 118, JW. **04** 364, R. **04** 453: Die Erklärung: Die Berufungseinlegung sei wirkungslos, steht der Erklärung der Unzulässigkeit der Berufung gleich.

2. Ziff. 2. a) **RG. 58** 244, JW. **04** 416: Die im Verwaltungswege getroffene Entscheidung, die das Defektenfeststellungsverfahren für zulässig und die Verwaltungsbehörde für zuständig erklärt, ist in ihren Gründen für den ordentlichen Richter nicht bindend. Es bedarf deshalb bei der Frage nach der Zulässigkeit der Revision einer selbständigen Prüfung, ob der streitige Anspruch, dessen Nichtbestehen Kläger im ordentlichen Verfahren festgestellt wissen will, darauf beruht, daß ihm als öffentlichem Beamten eine Überschreitung seiner amtlichen

Befugnisse oder eine pflichtwidrige Unterlassung von Amtshandlungen zur Last gelegt wird.

b) **RG. JW. 04** 146: Die Klage des Fiskus gegen einen Staatsbeamten auf Rückerstattung dem letzteren nicht zustehender Bezüge fällt unter § 39 Abs. 1 Nr. 1 Pr. AGGVG., das Landgericht ist also in erster Instanz ausschließlich zuständig.

c) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 125: Zu den „Ansprüchen gegen den Landesfiskus in betreff der Verpflichtung zur Entrichtung einer Stempelabgabe", für die nach § 39 Abs. 1 Ziff. 4 Pr. AGGVG. die Landgerichte ausschließlich zuständig sind, gehören auch die Zinsen aus einer zu Unrecht eingehobenen, demnächst vom Zahlenden zurückgeforderten Stempelabgabe.

§ 549. I. *Klein, Böhms Z. **13** 353 ff., legt dar, daß nicht nur die Verletzung einer Norm des internationalen Privatrechts die Revision rechtfertigt, sondern auch die Verletzung einer mit Recht angewandten ausländischen Rechtsnorm. Indem nämlich unser Gesetz den „ausländischen" Rechtsnormen durch die Verweisung im EGBGB Art. 7 ff. reichsrechtliche Wirksamkeit beilegt, erhebt es die ausländischen Rechtsordnungen durch diese Verweisungen zum (revisiblen) Reichsgesetz. Vgl. denselben R. **03** 100.

II. Aus der Praxis.

a) **RG. JW. 04** 41: Die Zulässigkeit der Revision auf Grund der Verletzung eines Landesgesetzes gemäß § 549 ZPO. in Verbindung mit §§ 7 bis 12 der Kaiserlichen Verordnung vom 28. 9. 1879 setzt stets voraus, daß das betreffende Gesetz im Bezirke des Berufungsgerichts, gegen dessen Urteil sich die Revision richtet, gilt.

b) **RG. 55** 316, JW. **03** 420, SeuffA. **59** 247, HansGZ. **04** Hauptbl. 8, DJZ. **04** 70, R. **04** 48: Das angeblich verletzte Gesetz muß im ganzen Gebiete zweier Bundesstaaten oder zweier preußischer Provinzen Geltung haben.

c) **RG. JW. 03** 421, HansGZ. **04** Hauptbl. 8: Die wörtliche Übereinstimmung eines an sich nicht revisibelen Gesetzes mit reichsgesetzlichen Rechtsnormen genügt nicht, um die Revisibilität des ersteren zu begründen.

d) **RG.**, ebenda: Daß die Vorschriften in jedem der beteiligten Staatsgebiete formell nur kraft der Willensäußerung des für dasselbe zuständigen Gesetzgebers Geltung haben, schließt die Revisibilität an sich nicht aus. Es genügt zur Erfüllung der Voraussetzungen der Revisibilität, daß die Gesetzesquelle insofern eine einheitliche ist, als durch Staatsvertrag identische Gesetzesvorschriften für das gesamte Gebiet zweier Bundesstaaten oder eines Bundesstaats und einer Provinz Preußens vereinbart und demgemäß publiziert worden sind.

e) **RG. 57** 142, JW. **04** 217: Das internationale Übereinkommen vom 14. 10. 90 betr. den Eisenbahnfrachtverkehr hat ein einheitliches Eisenbahnfrachtrecht für den internationalen Verkehr in allen an dem Übereinkommen beteiligten Staaten geschaffen. Diese Einheitlichkeit ist aber nur eine materielle Rechtsgleichheit, keine formelle Rechtseinheit. Würde das internationale Übereinkommen im gegebenen Falle als im Gebiete des Deutschen Reiches geltendes Recht zur Anwendung kommen, so würde es, da es nach erfolgter Ratifikation im RGBl. 1892, 793 verkündet worden ist, einem Reichsgesetze gleichzustellen und als solches der Revision zugänglich sein. Kommt aber eine Norm des Übereinkommens auf einen gegebenen Rechtsfall nur deshalb zur Anwendung, weil dieses auch im Auslande Geltung hat, so kann die inhaltliche Übereinstimmung der Rechte nichts an der Rechtslage ändern, daß das internationale Übereinkommen als ausländisches Recht zu behandeln ist, und daß daher auf seine Verkennung oder unrichtige Auslegung die Revision nach Maßgabe der deutschen Gesetze nicht gestützt werden kann.

f) **RG.** R. **04** 142: Das in Österreich noch in Geltung befindliche Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch von 1862 ist, auch soweit es mit deutschen Rechtsnormen wörtlich übereinstimmt, als ausländische Rechtsnorm, d. h. wenn es als solche angewandt wird, nicht revisibel.

g) BayObLG. **04** 737: Wenn auch die Revision nicht auf die Nichtanwendung eines örtlichen Gewohnheitsrechts gestützt werden kann, so unterliegt doch die Frage der Prüfung des Revisionsgerichts, ob die Nichtanwendung des örtlichen Gewohnheitsrechts zugleich die Verletzung eines Reichsgesetzes oder eines Gesetzes, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, enthält, insbesondere auf einem Verstoße gegen § 293 ZPO. beruht.

h) **RG.** JW. **03** 420, **04** 575, HansGZ. **04** Hauptbl. 8, SeuffA. **59** 247: Irrevisibel sind die polizeilichen Vorschriften für die Schiffahrt und Flößerei auf der Weser von der Kaiserbrücke in Bremen bis zum Rotesand-Leuchtturme, sowie auf der Geeste und Lesum (BremGBl. v. 22. 5. 01).

§ 550. I. a) *Zitelmann, Lücken im Rechte, Rektoratsrede, 46: Hat der Richter im Falle einer Lücke im Gesetz den fehlenden Rechtssatz durch irgendwelche Gedankenoperationen aufgefunden, so kann sein Urteil in der Revisionsinstanz mit der Behauptung angegriffen werden, der zur Ausfüllung der Lücke verwandte Satz entspreche dem Recht nicht.

b) Danz, Jherings J. **46** 438: Hat der Richter einen falschen Rechtssatz auf Grund von § 157 oder § 242 BGB. gebildet und angewendet, so ist eine Rechtsnorm nicht angewendet, nämlich diejenige, welche der Richter richtigerweise aus der Verkehrssitte abzuleiten hatte. S. auch Note II b.

c) *Horrwitz, Recht der Handlungsgehilfen (2) 27: Die Frage, ob Dienste eines Angestellten kaufmännische sind, ist keine der Revision entzogene Tatfrage, sondern eine revisionsfähige Rechtsfrage. Denn ein in den gesetzlichen Tatbestand aufgenommener Begriff ist Rechtsbegriff, Teil der Rechtsnorm. In allen derartigen Fällen, in denen der Rechtsbegriff sich nicht ohne weiteres aus den tatsächlichen Umständen logisch folgern läßt, sondern sich erst aus einer tatsächlichen Abschätzung derselben ergibt, ist die Vornahme einer solchen Abschätzung als Rechtsprüfung anzusehen. A. A. ROHG. **10** 186, **17** 312, **21** 254 und Behrend, Handelsr. § 46 Anm. 11.

*Horrwitz a. a. O. 132: Das Entsprechende gilt betreffs der Frage, ob ein wichtiger Grund im Sinne des § 70 Abs. 1 HGB. vorliegt. A. A. ROHG. (s. vorstehend) und **RG.** bei Bolze 5 Nr. 606 und in JW. **01** 209.

d) Boyens, SächsA. **14**, Beilage 154 ff. erörtert die Grenzen zwischen Tat- und Rechtsfrage und prüft dabei die beiden Hauptfragen: 1. ob die Subsumtion der festgestellten Tatsachen unter den Rechtsbegriff in das Gebiet der Revision gehöre, uud wie sich eventuell die Abgrenzung dieser Subsumtion von der bloßen Tatsachenfeststellung gestalte, 2. ob die Auslegung der Rechtsgeschäfte in das Gebiet der Tatsachenfeststellung oder in das der Rechtsfrage falle. Er legt unter eingehender Berücksichtigung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung die Stellungnahme der einzelnen Senate des Reichsgerichts zu diesen Fragen dar und zeigt, daß diese keine einheitliche ist, sondern namentlich hinsichtlich der zweiten Frage sehr von einander abweicht.

II. a) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 593: Die Nachprüfung des Revisionsgerichts erstreckt sich auch auf die Frage, ob die vom Vorderrichter festgestellten Handlungen oder Unterlassungen unter den Begriff der Fahrlässigkeit oder der Arglist fallen.

b) **RG.** **55** 375: Die „Verkehrssitte" stellt keine Rechtsnorm dar, sie ist vielmehr die den Verkehr beherrschende tatsächliche Übung.

c) RG. R. 04 606: Die Frage, ob eine nach § 326 Abs. 1 BGB. gesetzte Frist eine angemessene war, unterliegt, da sie keine rein tatsächliche ist, sondern hierbei auch rechtliche Gesichtspunkte in Betracht kommen, der Nachprüfung in der Revisionsinstanz.

d. BayObLG., R. 03 214: Auch auf die Verletzung der Vorschriften über Auslegung von Rechtsgeschäften kann die Revision gestützt werden. S. auch IDR. 1 Note 1 zu § 549.

e) Über Verletzung von Beweisrechtsnormen s. oben zu § 282.

§ 551. 1. Ziff. 6.

a) RG. IW. 04 209, Gruchots Beitr. 48 642: Ist die Vernehmung des Anfechtungsklägers im Entmündigungsverfahren in der ersten Instanz unter Verletzung des § 172 GVG. in öffentlicher Sitzung erfolgt und hat das Berufungsgericht diese Verhandlung und das daraufhin abgegebene Gutachten des Sachverständigen zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht, so beruht das Berufungsurteil auf einer Rechtsverletzung, die in der Nichtherstellung einer für die richterliche Entscheidung prozessualisch unerläßlichen Voraussetzung besteht, und darum unter die allgemeinen Vorschriften der §§ 549, 550 ZPO. fällt. Ebenso inhaltlich RG. Gruchots Beitr, 48 403.

b) OLG. Karlsruhe, BadRpr. 03 19: Auf die Beobachtung der Vorschrift des § 172 GVG., daß die Öffentlichkeit während der Vernehmung des zu Entmündigenden auf die Klage wegen Anfechtung oder Wiederaufhebung der Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche auszuschließen ist, kann nicht verzichtet werden.

2. Ziff. 7.

a) RG. IW. 03 384: Eine Entscheidung ist nicht mit Gründen versehen, wenn sie bei Zubilligung eines Schadens nicht erkennen läßt, in welcher Weise das Gericht gerade zu einem Betrage in der angenommenen Höhe gelangt ist.

b) RG. IW. 03 401: In der Unterlassung der Erörterung der Frage, ob der Beklagte sich über die Tragweite eines vereinbarten Konkurrenzverbots in einem tatsächlichen Irrtume befunden habe, ist ein Mangel der Urteilsbegründung zu finden, auf welchem die angefochtene Entscheidung beruhen kann.

c) BayObLG. 4 712: Das Fehlen oder die mangelhafte Beschaffenheit rechtswissenschaftlicher Ausführungen zur Rechtfertigung der angenommenen Auslegung des angewendeten Rechtssatzes ist kein Revisionsgrund, die richtige Anwendung des Gesetzes wird durch einen solchen Mangel nicht zu einer Verletzung des Gesetzes im Sinne des § 549 ZPO.

§ 552. 1. RG. IW. 03 180: Beginn der Notfrist der Revision bei einem berichtigten Urteile: Die Berichtigung eines Urteils auf Grund des § 319 ZPO. bildet nicht eine neue Entscheidung, sondern die Feststellung der von vornherein beabsichtigten, durch ein Versehen nicht zum richtigen Ausdrucke gekommenen Entscheidung. Das einzulegende Rechtsmittel richtet sich daher gegen das ursprünglich verkündete Urteil und nicht lediglich gegen das Urteil, so wie es sich durch die Berichtigung ergibt. Daher ist für den Beginn der Notfrist die frühere Zustellung des noch unberichtigten Urteils maßgebend.

2. Zur Wahrung der Notfrist vgl. oben zu § 535.

§ 553. Ziff. 3; vgl. oben Note 4 zu § 516 und Note 5 zu § 518.

§ 554. Ziff. 2.

a) BayObLG. 5 450: In der Unterlassung der Ausübung des richterlichen Fragerechts liegt ein Mangel des Verfahrens, der zur Aufhebung und Zurückverweisung führen muß.

b) Vgl. auch oben Note 4 zu § 527, ferner unten Note 5 zu § 561.

§ 556. 1. RG. JW. **03** 315, R. **03** 485: Eine eventuelle Anschlußrevision für den Fall, daß das Revisionsgericht die Rüge des Revisionsklägers für begründet erachtet, ist zulässig.

2. Über den Umfang der Anschließung vgl. oben Note 3 zu § 521.

§ 561. 1. RG. JW. **03** 50: Die Auslegung eines Vergleichs durch das Berufungsgericht enthält eine tatsächliche Feststellung des in dem Vergleich zum Ausdrucke gekommenen Willens der Parteien und ist, wenn nicht rechtsgrundsätzliche Auslegungsregeln verletzt sind, der Nachprüfung in der Revisionsinstanz entzogen.

2. RG. JW. **04** 408: Die Frage, ob gewisse Tatsachen die Begriffsmerkmale eines Verstoßes wider die guten Sitten erfüllen, ist keine Frage der Tatsachenwürdigung, sondern eine Rechtsfrage, sie unterliegt daher insoweit der freien Beurteilung des Revisionsgerichts.

3. RG **57** 46, JW. **04** 173: Der Grundsatz, daß dem materiell begründeten Klagantrage auch dann stattzugeben ist, wenn die Fälligkeit und Verfolgbarkeit des Anspruchs nicht zur Zeit der Klagerhebung vorhanden war, aber vor dem zu erlassenden Urteil, auch erst in höherer Instanz, eingetreten ist, sofern durch diese Berücksichtigung die Rechtsverteidigung des Beklagten nicht beschränkt wird, findet in der Revisionsinstanz, d. h. wenn die Fälligkeit erst nach dem Schlusse der dem Berufungsurteile voraufgegangenen mündlichen Verhandlung eingetreten ist, keine Anwendung. Denn die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß ein Gesetz verletzt ist, und das in der Sache selbst erkennende Revisionsgericht kann nur so erkennen, wie das Berufungsgericht nach dem von ihm festgestellten Sachverhalte hätte erkennen sollen. Auch § 561 würde der Anwendung des obigen Grundsatzes entgegenstehen. Auf dem gleichen Standpunkte steht RG. Gruchots Beitr. **48** 817.

4. RG. JW. **03** Beil. 102, **04** 448: Die Abmessung des beiderseitigen Verschuldens der Parteien (§ 254 BGB.) an der Verursachung des dem Kläger erwachsenen Schadens unterliegt der Nachprüfung des Revisionsgerichts.

5. Satz 2. RG. JW. **04** 212, R. **04** 285: Dem Revisionsrichter steht die Erörterung und Feststellung neu vorgebrachter Tatsachen zu, welche einen von der Partei zur Begründung der Revision gerügten Mangel des Verfahrens ergeben sollen; der Revisionsrichter ist somit in der Lage, insoweit Feststellungen zu treffen, welche denen der Vorinstanz entgegenstehen und die letzteren beseitigen.

§ 565. Abs. 1. RG. **53** 4: Die Zurückverweisung an einen anderen Senat greift zwar in die Geschäftsverteilung ein, sie darf jedoch nicht etwa als ein bloßer Akt der Geschäftsverteilung beurteilt werden, dessen Verletzung durch Nichtbeachtung der Nachprüfung im Instanzenzuge entzogen wäre und lediglich eine Vorstellung im Dienstaufsichtswege zuließe. Vielmehr unterliegt die Beachtung jener Anordnung, auf deren Befolgung übrigens die Parteien nicht wirksam verzichten können, der Nachprüfung des Revisionsgerichts, wenn die Sache durch Einlegung der Revision gegen das neuerdings erlassene Urteil nochmals bei ihm anhängig wird, und es kann deshalb die Verletzung jener Anordnung zur Aufhebung des Urteils führen. Die Entziehung der Verhandlung und Entscheidung betrifft den Senat als selbständige Einheit in der Organisation des Berufungsgerichts, und nicht die Mitglieder des Senats überhaupt oder diejenigen, die bei dem aufgehobenen Urteil mitgewirkt haben. Die Mitwirkung eines Richters, der bereits bei der ersten Verhandlung mitgewirkt hat, auch bei der erneuten Verhandlung vor einem anderen Senat rechtfertigt deshalb nicht dessen Ausschließung von der Ausübung des Richteramts in dieser Sache, vermag auch für sich allein keine Besorgnis seiner Befangenheit zu begründen. Ebenso RG. R. **03** 45, 82.

§ 566. 1. **RG.** JW. **03** Beil. 53, R. **03** 185: Eine vertragsmäßige Ausschließung der Revision kann sowohl nach Erlaß eines Urteils in früherer Instanz, als auch im voraus erfolgen; die Wirksamkeit eines solchen Vertrags ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs enthalten kein Verbot, ein Rechtsmittel im voraus vertraglich auszuschließen. Auch kann nicht angenommen werden, daß ein solcher Vertrag gegen die guten Sitten verstoße. Vgl. oben Note 1 und 2 zu § 514.

2. **RG.** JW. **04** 365, R. **04** 453: Durch eine feststehendermaßen erfolgte Zurücknahme der Revision ist dem Revisionsbeklagten das Recht darauf erwachsen, daß ein Urteil ergeht, durch welches der Revisionskläger unter Kostenpflicht des Rechtsmittels für verlustig erklärt wird. Dieses Recht wird nicht dadurch berührt, daß die Sache während ihrer Anhängigkeit in der Revisionsinstanz durch Vergleich erledigt ist. Vgl. auch oben Note 3 zu § 515.

3. **RG.** JW. **03** 398: Ein Urteil des Inhalts: „Der bisherige Konkursverwalter der Bank, Kaufmann F., ist nicht berechtigt, die Berufung gegen das am . . . verkündete Urteil des . . . fortzuführen", stellt sich als ein gemäß § 303 ZPO. erlassenes Zwischenurteil dar und unterliegt als solches nicht dem selbständigen Angriffe durch die Revision.

Dritter Abschnitt. Beschwerde.

§ 567. 1. **RG. 54** 430, R. **03** 506: Die Bezeichnung eines Rechtsmittels als „Berufung" statt als „Beschwerde" ist unschädlich. Das eingelegte Rechtsmittel kann unbedenklich als Beschwerde aufgefaßt werden, denn auf den Gebrauch des Wortes „Beschwerde" kommt es nicht an, sofern das Rechtsmittel, entsprechend der Vorschrift des § 569 ZPO., durch Einreichung eines Schriftsatzes bei Gericht eingelegt ist.

2. BayObLG., OLG. **7** 295, R. **03** 555: Auch im Beschwerdeverfahren ist eine Anschließung an die Beschwerde möglich; denn wenn die Einlegung der Beschwerde ermöglicht, daß die Entscheidung zum Nachteile des Gegners abgeändert werde, so muß diesem das Recht zustehen, nun auch seinerseits die Entscheidung anzufechten. Die Anschließung ist auch im Kostenpunkt zulässig, wenn der Gegner in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt hat.

Dagegen Petersen-Anger § 573 Nr. 1 und Struckmann-Koch (8) § 569 Nr. 6, ebenso Gaupp-Stein (4/5) § 573 I 5, Schultzenstein, BuschsZ. **24** 481 und Seuffert (8) § 573 I; anderer Meinung auch OLG. Braunschweig, R. **04** 255.

3. **RG. 55** 138, JW. **03** 312, R. **03** 485: Beschwerden wegen verzögerter Rechtspflege stellen sich nicht als prozessuale Rechtsbehelfe im Sinne der Reichszivilprozeßordnung dar, sondern unterliegen der Erledigung im Justizverwaltungswege.

4. Für zulässig wurde die Beschwerde erachtet:

a) gegen den Beschluß, durch welchen der Klagantrag zurückgewiesen wird, weil es an einer vorschriftsmäßig erhobenen Klage fehle; OLG. Königsberg, SeuffA. **58** 38;

b) gegen einen Beschluß, durch welchen das Gericht seinen früheren, die Verhandlung zur Hauptsache (§ 275) anordnenden Beschluß mit Rücksicht auf eine inzwischen gegen das Zwischenurteil eingelegte Beschwerde wiederaufhebt; OLG. **9** 102 (Cassel);

c) gegen die eine beantragte Vorverlegung eines Termins ablehnende Verfügung; **RG. 55** 100, JW. **03** 289; a. M. OLG. **7** 295, HansGZ. **03** Beibl. 280 (Hamburg);

d) gegen einen Beschluß, durch welchen der Antrag auf Berichtigung eines Kostenfestsetzungsbeschlusses abgelehnt ist: OLG. **9** 103 (KG.);

e) auch gegen einen mündlichen Gerichtsbescheid, sofern nur dessen Inhalt feststeht; OLG. Colmar, DJZ. **03** 60, R. **03** 132; vgl. dagegen JDR. **1** Note 3 k zu § 567.

5. Nicht für zulässig wurde die Beschwerde erachtet:

a) gegen den den Antrag des Klägers auf Fortsetzung des Verfahrens ablehnenden Beschluß, wenn der Beklagte auf Grund einer prozeßhindernden Einrede die Verhandlung zur Hauptsache verweigert hat und hierüber durch Zwischenurteil erkannt ist. Denn es handelt sich hier nicht um eine Aussetzung des Verfahrens im Sinne des § 252 ZPO., sondern es ist in dem Verfahren nach Erlassung des Zwischenurteils von selbst ein Stillstand eingetreten, **RG. 56** 416;

b) KG., SeuffA. **58** 246: gegen den Beschluß, welcher die mündliche Verhandlung über den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung anordnet. Ebenso OLG. Posen, PosMSchr. **03** 82, R. **03** 342; vgl. auch JDR. **1**, Note 3 e zu § 567.

c) **RG. 54** 348, SeuffA. **59** 46: Ein Antrag, mit dem eine Partei den Erlaß der von ihr verlangten Entscheidung in einem bestimmten Verfahren begehrt, ist kein selbständiger Antrag im prozessualen Sinne, sondern lediglich Bestandteil des Sachantrags der Partei. Hat also das Gericht im Falle des § 937 ZPO. entgegen dem Antrage der Partei die einstweilige Verfügung ohne vorgängige mündliche Verhandlung zu erlassen, die mündliche Verhandlung angeordnet, so enthält diese Anordnung nur eine die sachliche Erledigung vorbereitende Maßregel; es liegt daher in ihr keine Ablehnung des gestellten Antrags und es fehlt somit an einer der für die Zulässigkeit der Beschwerde geltenden gesetzlichen Voraussetzungen.

6. Über Beschwerden gegen Kostenurteile vgl. oben zu § 99.

7. Über die Beschwerde gegen die Ablehnung einer Umschreibung der Vollstreckungsklausel vgl. unten Ziff. 3 zu § 793.

8. Abs. 2. a) **RG.** JW. **04** 491, R. **04** 578: Die Unterlagen für die von Amts wegen vorzunehmende Prüfung des Vorhandenseins der Voraussetzungen des § 567 Abs. 2 sind von dem Beschwerdeführer beizubringen. Gegen diese Pflicht verstößt eine Beschwerde gegen den festgesetzten Wert, die nur im allgemeinen die Richtung der gewünschten Änderung, nicht aber das Maß angibt, um welches der Wert herabgesetzt oder erhöht werden soll.

b) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 638: Die Vorschrift der §§ 567 Abs. 2 und 568 Abs. 3, wonach die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde gegen die Entscheidungen der Oberlandesgerichte das Vorhandensein einer Beschwerdesumme von über 100 Mark voraussetzt, wird nicht dadurch beseitigt, daß das Landgericht in erster Instanz ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig war.

c) **RG.** JW. **03** 26, 67, R. **03** 107: Bei einer vom Rechtsanwalt im eigenen Namen eingelegten Beschwerde gegen einen Streitwertfestsetzungsbeschluß bestimmt sich der Wert des Beschwerdegegenstandes nach dem Betrage, welcher ihm bei Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidung von seinen Gebühren entgehen würde.

§ 568. 1. Schneider, R. **03** 172: Bei der Beschwerde hat das Beschwerdegericht ganz freie Hand, eine Beschwerde trotz prozessualer Verstöße in der unteren Instanz für unbegründet zu erklären, wenn dort gleichwohl ein sachlich richtiges Ergebnis erreicht ist. Auszunehmen sind hiervon die Fälle, in denen dies Ergebnis darauf beruht, daß die Austragung der betreffenden Streitfrage der gesetzlich geordneten Mitwirkung der Parteien und der Prüfung der gesetzlich dazu berufenen Behörde entzogen wurde.

2. Neuer selbständiger Beschwerdegrund.

a) **RG.** JW. **03** 125: Auch bei inhaltlicher Übereinstimmung der Entscheidungen der Vorinstanzen kann ein neuer selbständiger Beschwerdegrund in dem Verfahren des Beschwerdegerichts gefunden werden, wenn durch dasselbe das Recht des Beschwerdeführers verletzt worden ist, so insbesondere, wenn sich der auf die Beschwerde ergangene ungünstige Beschluß auf eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zurückführen läßt.

b) **RG.** SeuffA. **58** 367: Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund ist nicht schon dann gegeben, wenn in der Beschwerdeinstanz über einen neuen Rechtsbehelf der Partei und das entsprechende tatsächliche Vorbringen verhandelt und befunden worden ist, sofern nicht etwa eine unzulässige Suppeditierung nicht behaupteter Tatsachen stattgefunden hat oder erhebliche Anführungen unbeachtet geblieben sind.

c) **RG.** HessRpr. **4** 89, R. **03** 506: Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund liegt nicht darin, daß das Berufungsgericht eine Zeugnisverweigerung nicht, wie das Landgericht auf Grund des § 383 Ziff. 5 ZPO., sondern auf Grund des § 384 Ziff. 3 ZPO. für berechtigt erklärt hat; denn es handelt sich insoweit nicht um eine abweichende Entscheidung, sondern nur um eine tatsächlich und rechtlich verschiedene Begründung.

d) OLG. **9** 83, R **04** 504 (Hamburg): Die Unterlassung einer Entscheidung über die Kosten erster Instanz im Widerspruchsverfahren (§ 908 ZPO.) bildet einen selbständigen Beschwerdegrund, der die weitere sofortige Beschwerde rechtfertigt.

e) SächsOLG. **24** 284, R. **03** 185: Die Behauptung, daß ein Zeuge nicht eingehend genug verhört worden sei, ist kein neuer selbständiger Beschwerdegrund.

3. Abs. 4.

RG. JW. **03** 180, R. **03** 364: Der Ausdruck „weitere Beschwerde" hat lediglich objektive Bedeutung; er hat nur Bezug auf die Beschaffenheit des Beschlusses, gegen den die Beschwerde sich richtet; ist dieser Beschluß selbst schon auf Beschwerde ergangen, so ist jede dagegen erhobene Beschwerde eine „weitere", ohne Rücksicht auf die subjektive Seite, d. h. darauf, von welcher Partei die Beschwerde eingelegt worden ist.

§ 569. 1. OLG. **9** 71 (Cassel): Die Einlegung der Beschwerde enthält nicht, wie die der Berufung, die bloße Erklärung, daß die erste Entscheidung angefochten werde, sie wird vielmehr durch die Begründung hinsichtlich des Umfangs des Angriffs begrenzt. Wird nachträglich der nicht angegriffene Teil ebenfalls angegriffen, so ist dies eine neue Beschwerde.

A. M. **RG.** HansGZ. **03** Beibl. 120, welches die Änderung und Erweiterung des zunächst gestellten Antrags bis zur Entscheidung über die Beschwerde zulassen will.

2. **RG.** JW. **04** 117, Naumburg AK. **04** 13: Der formelle Mangel, daß eine Beschwerde bei dem Oberlandesgericht durch einen bei diesem nicht zugelassenen Rechtsanwalt eingelegt ist, wird dadurch geheilt, daß die Beschwerdeschrift noch innerhalb der gesetzlichen Beschwerdefrist an das Landgericht gelangt, bei welchem sie der daselbst zugelassene Rechtsanwalt hätte einreichen müssen.

3. OLG. Jena, Buschs Z. **32** 352, R. **03** 107, ThürBl. **50** 107, Naumburg AK. **03** 84: Als Prozeßgericht für die Einlegung der Beschwerde muß sowohl das beschwerende Gericht als auch das Beschwerdegericht angesehen werden; die Beschwerdeschrift darf deshalb sowohl von einem Anwalte, der bei jenem als auch von einem, der bei diesem zugelassen ist, unterzeichnet werden, gleich-

gültig, bei welchem dieser Gerichte die tatsächliche Einreichung der Beschwerdeschrift erfolgt; a. M. OLG. Breslau, R. 03 580; vgl. auch JDJ. 1 Note 5a zu § 569.

§ 570. 1. OLG. Posen, PosMschr. 04 13: Der Erlaß eines von einem Eide abhängig gemachten Beschlusses in der Beschwerdeinstanz ist zulässig. Vgl. JDR. 1, Note 1a zu § 570.

2. OLG. Darmstadt, DJZ. 03 552: Im Kostenfestsetzungsverfahren kann ohne neues Festsetzungsgesuch ein mangels Belegs abgestrichener Posten nachträglich im Beschwerdeverfahren festgesetzt werden, auf Grund des Novenrechts des § 570 ZPO., sofern der fehlende Zahlungsbeleg später beigebracht wird. Die Kosten treffen den Beschwerdeführer, der den Beleg vorlegt, nach § 97 Abs. 2. — Anders, wenn ein Posten im Festsetzungsverfahren überhaupt nicht geltend gemacht war.

3. Vgl. oben Note 2d zu § 529.

§ 574. **RG.** JW. 04 178: Gegen den die Erteilung des Armenrechts für die Berufungsinstanz ablehnenden Beschluß ist die Beschwerde nur im Laufe des Verfahrens in der Berufungsinstanz zulässig, dagegen nicht mehr, nachdem dasselbe durch ein Berufungsurteil beendet ist.

§ 575. **RG.** 53 315, JW. 03 101, R. 03 239: Ist vom Beschwerdegericht die angefochtene Entscheidung aufgehoben und die weiter erforderliche Anordnung dem Instanzgericht übertragen worden, so ist dieses, in analoger Anwendung des § 565 Abs. 2 ZPO., an die vom Beschwerdegericht zugrunde gelegte rechtliche Auffassung gebunden.

§ 576. 1. **RG.** JW. 03 48: Ist gegen den vom beauftragten Richter in der Berufungsinstanz ernannten Sachverständigen ein Ablehnungsgesuch angebracht, so ist zur Entscheidung über dieses Gesuch der beauftragte Richter, nicht aber das Berufungsgericht zuständig. Gegen die die Ablehnung für begründet erklärende Verfügung des beauftragten Richters findet kein Rechtsmittel statt, während, wenn die Ablehnung für unbegründet erklärt wird, der Beschwerdeführer die Entscheidung des Berufungsgerichts binnen der für die sofortige Beschwerde bestimmten Notfrist nachzusuchen hat, worauf das Berufungsgericht nur entweder dem Ablehnungsgesuche zu entsprechen oder dasselbe dem Reichsgericht zur Entscheidung vorzulegen hat.

2. OLG. Dresden, SächsA. 14 263, R. 04 504: Ist die Beweisaufnahme einem beauftragten oder ersuchten Richter übertragen, so hat dieser darüber zu entscheiden, ob ein Zeuge unbeeidigt zu vernehmen ist oder nicht. Erst wenn eine richterliche Entscheidung hierüber ergangen ist, steht jeder Partei offen, behufs Abänderung das Prozeßgericht anzurufen.

§ 577. 1. *Kleinfeller, KrVJSchr. 45 37: Die Einlegung der sofortigen Beschwerde ist vor Beginn der Notfrist nicht zulässig.

2. Abs. 3.

OLG. Breslau, R. 03 107: Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung mit weiterer Beschwerde angefochten wird, kann der Beschwerde abhelfen, auch wenn sie nach § 568 Abs. 2 ZPO. unzulässig ist.

3. Abs. 4.

OLG. Hamburg, HansGZ. 03 Beibl. 26, R. 03 160: Nicht in allen Fällen des § 576, also z. B. nicht immer dann, wenn gegen die Entscheidung des Gerichtsschreibers die des Gerichts eingeholt wird, ist eine sofortige Beschwerde vorgeschrieben, sondern nur für die Fälle, wenn überhaupt die sofortige Beschwerde gegen solche Entscheidungen gegeben ist, nämlich wenn gegen die erlassene Entscheidung, falls sie vom Prozeßgericht erlassen wäre, auch die sofortige Beschwerde gegeben wäre.

Viertes Buch. Wiederaufnahme des Verfahrens.

Vorbemerkung: Besonders beachtenswert sind die Entscheidungen über die Konkurrenz der Wiederaufnahmeklagen mit anderen Rechtsbehelfen. Sie zeigen, daß diese Frage der weiteren Aufklärung bedarf.

§ 578. 1. Rechtsnatur der Wiederaufnahmeklagen.

RG. 57 233: Die Wiederaufnahmeklagen sind keine selbständigen Klagen, sondern gehören zu der Instanz, in der das angefochtene Urteil erlassen ist. Daher ist, wenn gegen das vom Landgericht als Berufungsinstanz erlassene Urteil eine Wiederaufnahmeklage angestrengt und über diese entschieden ist, gegen das neue Urteil die Berufung nicht zulässig. Entsprechend kommen im Wiederaufnahmeverfahren gegen ein in der Revisionsinstanz ergangenes Urteil die für die Revisionsinstanz geltenden Gebührensätze zur Anwendung. (Ebenso **RG.** Gruchots Beitr. **29** 1128—30.)

2. Zulässigkeit, Zuständigkeit.

a) OLG. Darmstadt, HessRspr. **5** 59: Das Wiederaufnahmeverfahren ist auch gegenüber der Feststellung in der Konkurstabelle zulässig. Zuständig ist nicht ausschließlich das AG., bei welchem das Konkursverfahren schwebte, sondern bei Objektshöhe das LG. Ebenso Marcus, R. **04** 500.

b) Für die Frage der Zulässigkeit sind die Behauptungen entscheidend, auf die der Kläger seine Klage stützt. Stützt er sie darauf, daß er durch einen nur von seiner nicht im Besitze der gesetzlichen Vertretungsmacht befindlichen Mutter bestellten Bevollmächtigten vertreten gewesen sei, so ist eine an diesen erfolgte Zustellung für die Frage belanglos, ob durch diese Zustellung die Notfrist des § 586 in Lauf gesetzt und durch ihren Ablauf die Klage unzulässig geworden sei.

3. Passivlegitimation.

RG. 57 285: Das Wiederaufnahmeverfahren ist kein so unselbständiges Zubehör des früheren Rechtsstreits, daß, wenn der Kläger seinen Anspruch aus dem ersten Urteil abgetreten hat, er für das Wiederaufnahmeverfahren passiv legitimiert bliebe. Die Klage ist vielmehr trotz § 265 Abs. 2 ZPO. gegen den neuen Gläubiger zu richten.

4. Konkurrenz mit anderen Rechtsbehelfen.

a) **RG. 54** 304, JW. **03** 181: Das durch Erlangung formeller Rechtskraft endgültig vollstreckbar gewordene Vorbehaltsurteil kann zwar aus den eine Restitutionsklage rechtfertigenden Gründen angefochten werden. Die Anfechtung darf aber nicht durch Restitutionsklage (Wechselurteil) erfolgen, sondern muß im Nachverfahren geschehen. Auf die Einstellung der Zwangsvollstreckung findet § 707 ZPO. Anwendung.

b) **RG.** JW. **03** 432: Ist ein Rechtsverhältnis rechtskräftig festgestellt, so kann den daraus entstehenden Ansprüchen nicht die Einrede entgegengesetzt werden, daß das Urteil durch eine unerlaubte Handlung (Meineid) erwirkt sei. Es ist vielmehr nur die Restitutionsklage gegeben, mit der die exceptio doli also nicht konkurriert.

§ 580. Ziff. 7b. SächsOVG. **4** 128: Die Urkunde muß vorhanden gewesen sein, als das angegriffene Urteil erging. Ihr Inhalt muß die Tatsachen, welche eine günstigere Entscheidung herbeigeführt hätten, unmittelbar in rechtliche Gewißheit setzen. (Ebenso Petersen-Anger § 580 Anm. 9c.)

§ 586. 1. **RG.** JW. **04** 180: Die Notfrist für die Zulässigkeit der Wiederaufnahmeklagen beginnt auch in der Revisionsinstanz nicht vor der Zustellung des Revisionsurteils. Doch können die Klagen schon vor der Zustellung angestrengt werden.

2. Jedoch OLG. Colmar, R. 03 132: Die Nichtigkeitsklage wegen Mangels der gesetzlichen Vertretung kann erst angestellt werden, nachdem das anzufechtende Urteil die Rechtskraft erlangt hat.

Fünftes Buch. Urkunden- und Wechselprozeß.

Vorbemerkung: Zahlreiche Entscheidungen behandeln die Frage, ob in einem bestimmten Falle der Urkundenprozeß statthaft ist und welche Tatsachen durch die Mittel dieser Prozeßart bewiesen werden müssen. Die Antwort war meist dem materiellen Rechte zu entnehmen. Trotzdem waren die Entscheidungen bei den §§ 592 und 595 ZPO. abzudrucken, weil die Fragestellung durchweg im Hinblick auf diese Paragraphen erfolgte und die Antwort fast nur für die Anwendung dieser Vorschriften praktische Bedeutung hat.

§ 592. S. auch §§ 595 und 597.

I. Wesen des Urkundenprozesses.

1. **RG.** SeuffA. 58 170: Der Zweck des Urkundenprozesses ist, dem Kläger auf Grund der vorläufig liquiden Klage eine schleunige, wenn auch nur provisorische Rechtshilfe zu gewähren. Weil dieser Zweck durch eine Aussetzung der Verhandlung leicht vereitelt werden könnte, darf § 148 ZPO. im Urkundenprozesse nur ausnahmsweise und unter besonderen Umständen angewendet werden.

2. OLG. 7 299 (Dresden): Im Urkundenprozesse wird nur darüber entschieden, ob die urkundlichen Unterlagen das Gesuch rechtfertigen. Es kann daher die Einrede der Rechtshängigkeit im Wechselprozesse nicht darauf gestützt werden, daß wegen des dem Wechsel zugrunde liegenden Geschäfts bereits geklagt werde.

II. Urkundenprozeß und gewöhnliches Verfahren.

1. OLG. Hamburg, SeuffA. 58 291: Auf den Urkunden- und Wechselprozeß finden die sämtlichen Vorschriften der ZPO. Anwendung, soweit nicht das 5. Buch derselben etwas anderes bestimmt. Auch im Urkunden- und Wechselprozesse sind daher Klagen auf künftige Zahlung gemäß § 259 ZPO. zulässig. Ebenso BayObLG. SeuffA. 58 291.

2. *Stern, BuschsZ. 32 238 ff.: Für den gemeinrechtlichen Exekutivprozeß steht es außer Zweifel, daß der Moment der Klagerhebung für die Frage entscheidend ist, ob Urkundenprozeß statthaft oder nicht. Mußte doch schon mit der Klage der Urkundenbeweis angetreten werden. Auch der moderne Prozeß hat nichts an dem Grundsatze des Urkundenprozesses geändert, daß der urkundliche Beweis sämtlicher zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Tatsachen auf den Augenblick der Klagerhebung gerichtet sein muß. Auch § 593 Abs. 2 fehlt eine solche Absicht. Er soll nach den Motiven nachträgliche Ergänzungen ermöglichen; jedenfalls aber nicht die Nachbringung von Tatsachen gestatten, die erst nach Klagerhebung entstanden sind und daher in die Klage nicht aufgenommen werden konnten. Bei Klagen, die zugleich eine zur Geltendmachung des Klaganspruchs erforderliche Kündigung ersetzen sollen, Kündigungsklagen im engeren Sinne, ist der Urkundenprozeß daher ausgeschlossen. Denn da hier die Kündigung als wesentliches Klagefundament zur Erhebung der Klage in der gewählten Prozeßart bewiesen werden muß, kann nicht durch Klagerhebung gekündigt werden. Im Ergebnis übereinstimmend BayObLG., SeuffA. 49 476 und OLG. Jena, ThürBl. 32 166. Dagegen KG., OLG. 2 15.

3. OLG. Köln, RheinA. 03 I 19: Ein Antrag aus § 717 ZPO. ist auch im Urkundenprozeß ohne Vorliegen der Erfordernisse einer Widerklage zulässig.

Er unterliegt jedoch nicht den Besonderheiten und Beweisbeschränkungen dieser Prozeßart.

4. OLG. 7 327 (Dresden): Die Zwangsvollstreckung wegen Sicherheitsbestellung gemäß Art. 29 Abs. 3 WO. darf auf dieselbe Weise erfolgen, wie die Vollziehung eines dinglichen Arrestes wegen der Wechselsumme. Die Zulässigkeit dieses Weges ist im Urteilstenor auszusprechen.

5. S. über Aussetzung des Verfahrens im Urkundenprozesse o. Ziff. I 1.

III. Zulässigkeit des Urkundenprozesses.

RG. 57 301, OLG. Hamburg, SeuffA. **59** 347, HansGerZ. **03** Beibl. 202, OLG. **7** 297 und **8** 49: Der Urkundenprozeß ist auch bei Ansprüchen auf Leistung Zug um Zug zulässig.

IV. Klagebegründung.

1. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **29** 624: Ein Schuldschein, in dem die Zahlung „des Restes" einer näher bezeichneten Summe versprochen wird, ist für sich allein nicht zur Ausklagung im Urkundenprozeß geeignet.

2. **RG. 57** 42: Voraussetzung für die Statthaftigkeit des Urkundenprozesses ist, daß aus den beigebrachten Urkunden sich ohne weiteres ein bestimmter Betrag für die Schuld des Beklagten ermitteln läßt. Wird daher festgestellt, daß das der Klage zugrunde liegende Saldoanerkenntnis sich infolge wirksamer Anfechtung zum Teil auf nichtige Posten bezieht, so muß die Klage als in der gewählten Prozeßart unstatthaft abgewiesen werden. Da das Anerkenntnis nicht mehr geeignet erscheint, in sich eine selbständige Grundlage für einen geringeren, nur den gültigen Posten entsprechenden Betrag abzugeben, hat das Gericht nicht zu prüfen, ob etwa unter Ausscheidung der nichtigen Posten sich für den Kläger noch ein Aktivsaldo ergibt.

3. OLG. Jena, ThürBl. **50** 211: Eine Klage im Urkundenprozeß ist trotz mangelnder urkundlicher Liquidität klagebegründender Tatsachen nicht als in der gewählten Prozeßart unstatthaft abzuweisen, wenn der Beklagte diese Tatsachen ausdrücklich zugesteht. Ebenso Petersen-Anger ZPO. § 597 Nr. 5 und die daselbst in Anm. 1 angezogenen oberlandesgerichtlichen Entscheidungen. **RG. 12** 131, **13** 370, **30** 405 ff

4. OLG. **7** 295 (Dresden): Zur Begründung einer Wechselklage gegen den ausgeschiedenen Handelsgesellschafter aus unbatierten Akzepten der Gesellschaft ist der urkundliche Nachweis erforderlich, daß die Akzepte vor dem nach § 15 HGB. entscheidenden Zeitpunkt geschrieben worden sind.

5. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 57: Wird der Akzeptant beklagt, so braucht der Nachweis der Prokuraerteilung an den Unterzeichner des Namens des Ausstellers eines Wechsels nicht mit den Mitteln des § 592 ZPO. erbracht zu werden.

6. OLG. **7** 296 (Hamburg): Zu den zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Tatsachen gehört nicht der Nachweis der Bevollmächtigung desjenigen, der für den Aussteller den Wechsel unterzeichnet hat.

7. OLG. Frankfurt, R. **04** 21: Beruht der Klaganspruch auf einer Willenserklärung, die durch den Vertreter der einen oder der anderen Partei abgegeben ist, so gehört auch die Vertretungsmacht zu den durch Urkunden zu beweisenden Tatsachen.

8. OLG. **7** 296 (Hamburg): Zu den durch die Mittel der §§ 592, 602 zu erweisenden Tatsachen gehört zwar die Vollmacht dessen, der für den beklagten Akzeptanten, nicht aber auch desjenigen, der für den klagenden Aussteller unterzeichnet hat.

9. OLG. **6** 295 (Dresden): Die Behauptung, daß das Akzept der offenen Handelsgesellschaft schon vor der Eintragung des Ausscheidens des

Beklagten aus der Gesellschaft in das Handelsregister auf den Wechsel gesetzt sei, ist als eine klagbegründende, vom Gesetz nicht vermutete Tatsache mit den Mitteln des § 592 zu beweisen.

§ 593. 1. RG. **56** 302: Mit der Verhandlung, der die Zustellung der Urkunden um einen der Einlassungsfrist gleichen Zeitraum vorangegangen sein muß, ist diejenige gemeint, auf die das Urteil ergeht. Die Zustellung ist auch noch in der Berufungsinstanz mit voller Rechtswirksamkeit statthaft. Mit Wilmowski und Levy, Petersen und Anger, Reincke, Rehbein; gegen Gaupp-Stein, Struckmann-Koch und Seuffert.

2. Dagegen auch OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hauptbl. 57: Die nachträgliche Beibringung von Urkunden in der Berufungsinstanz ist unzulässig.

§ 595. S. auch §§ 592 und 597.

I. Abs. 2. 1. OLG. München, R. **04** 484: Die Behauptung, die Zustellungsurkunde sei unrichtig und es sei eine ordnungsmäßige Zustellung nicht erfolgt, ist vom Beklagten und zwar nur durch Urkunden oder Eideszuschiebung zu beweisen. (Unter Berufung auf Struckmann-Koch, Neukamp, Wilmowski-Levy gegen Gaupp-Stein, Seuffert, Petersen.) — Im Nachverfahren kann der Beklagte für obige Behauptung auch andere Beweise antreten.

2. Dagegen auch KG., OLG. **9** 76: Es handelt sich um die Frage, ob überhaupt ein Prozeß anhängig ist, also um eine Prozeßvoraussetzung, nicht um eine materielle Einrede. § 595 bezieht sich aber nur auf materielle Einreden. Es ist daher auch im Urkundenprozeß Zeugenbeweis zu erheben.

3. RG. SächsA. **13** 216: Die gesetzliche Vertretung braucht nicht mit den Mitteln des § 595 Abs. 2 bewiesen zu werden.

II. Abs. 3. OLG. Frankfurt, R. **04** 21: Die zum Beweise erforderlichen Urkunden sind der Regel nach in Urschrift vorzulegen, weil regelmäßig nur diese die richterliche Überzeugung von der Wahrheit der zu beweisenden Tatsachen zu erbringen vermögen.

§ 596. 1. OLG. Cöln, RheinA. **03** I 156: Nach Abstandnahme vom Urkundenprozesse ist ein Widerruf dieser Erklärung unzulässig und selbst dann unbeachtlich, wenn der Beklagte ihm nicht widersprochen hat.

2. OLG. **7** 295 (Dresden): Ein Abstehen vom Urkundenprozeß ist in der Berufungsinstanz nicht mehr statthaft.

§ 597. S. auch §§ 592 und 595.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 193: Das Erbieten zum richterlichen Eide gemäß § 475 ZPO. ist ein im Urkundenprozesse unzulässiges Beweismittel, da der Beweis durch die im Wechselprozeß zulässigen Mittel vollständig geführt sein muß.

§ 598. Über Zulässigkeit der Verhandlung nach § 148 im Urkundenprozeß s. o. Ziff. 3 zu § 148.

§ 599. I. *Marcus, R. **04** 599: Die Fortsetzung des Urkundenprozesses im Nachverfahren kann nicht gleich nach der Verkündung des Vorbehaltsurteils im selben Termine erfolgen, sondern setzt eine neue Terminsbestimmung voraus.

II. Abs. 3. A. Berufung.

1. RG. **57** 44: Eine die Klage als im Urkundenprozeß unstatthaft zurückweisende Entscheidung kann nicht vom Kläger, sondern nur vom Beklagten deshalb angegriffen werden, weil die Abweisung aus materiellen Gründen hätte erfolgen sollen.

2. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 193: Protokolle über die Zeugenvernehmung im Nachverfahren sind als Beweismittel in der Berufungsinstanz des Urkundenprozesses zulässige Urkunden.

3. S. auch § 600 I 2 u. II.

B. Einstellung der Zwangsvollstreckung.

OLG. **6** 129 (Marienwerder): Das Gericht hat nicht die Befugnis, die Zwangsvollstreckung bis zum Erlasse des Endurteils im ordentlichen Verfahren einstweilen einzustellen, soweit nicht das Urteil durch Berufung angefochten ist und daher das Berufungsgericht nach §§ 707, 719 zur einstweiligen Einstellung berechtigt ist. Nur im Wege einer einstweiligen Verfügung kann die Einstellung erfolgen.

§ 600. I. Nachverfahren und Gegenstand.

1. a) KG., KGBl. **04** 40: Gegenstand des Nachverfahrens ist die Entscheidung darüber, ob der im Urkundenprozeß festgestellte Anspruch begründet ist oder nicht und eventuell ob der Kläger zum Ersatze des Schadens zu verurteilen ist, der dem Beklagten durch die Vollstreckung des Wechselurteils entstanden ist. Dagegen bildet den Streitgegenstand nicht das Recht der einen oder anderen Partei auf Auszahlung des zur Abwendung der Zwangsvollstreckung hinterlegten Betrags.

b) SächsOLG. **25** 473: Die im Vorbehaltsurteil ausgesprochene Verurteilung des Beklagten zur Tragung der „Prozeßkosten" umfaßt im Falle der Aufrechterhaltung dieses Urteils im Nachverfahren auch die Kosten des letzteren, ohne daß es deshalb eines besonderen Ausspruchs bedürfte.

Der Abs. 2 des § 600 ZPO. bestimmt, daß, soweit sich in diesem Verfahren der Anspruch des Klägers als unbegründet herausstellt, die Vorschriften des § 302 Abs. 4 Satz 2—4 Anwendung finden sollten; es ist also das frühere Urteil aufzuheben, der Kläger mit dem Anspruche abzuweisen und über die Kosten anderweit zu entscheiden. Für den umgekehrten Fall, daß der Anspruch des Klägers sich auch im Nachverfahren als begründet erweist, fehlt es im § 600 ZPO. an einer ausdrücklichen Vorschrift.

Es wird daher der § 343 ZPO. zu entsprechender Anwendung herangezogen werden müssen, wonach im Einspruchsverfahren, insoweit die auf Grund der neuen Verhandlung zu erlassende Entscheidung mit der im Versäumnisurteile enthaltenen übereinstimmt, ausgesprochen werden soll, daß diese Entscheidung aufrecht zu erhalten sei.

Folglich wird dadurch auch die Entscheidung im Kostenpunkt aufrecht erhalten; es bleibt dabei, daß der unterliegende Teil die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat; nur wird deren Umfang nunmehr nach dem Zeitpunkte bemessen, zu dem das zweite Urteil ergeht, so daß auch die Kosten des erfolglosen Einspruchsverfahrens darunter fallen.

2. Verhältnis zum Urkundenprozesse.

a) OLG. **9** 78 (KG.): Obwohl das Nachverfahren mit dem Urkundenprozesse nur einen Rechtsstreit bildet, darf ein zwar im Urkundenprozesse, nicht aber in der ersten Instanz des Nachverfahrens geltend gemachter Gegenanspruch in der Berufungsinstanz nur mit Einwilligung des Gegners erhoben werden.

b) OLG. **7** 300 (KG.): Der Wechselprozeß und das sich anschließende ordentliche Verfahren bilden materiell nur einen Prozeß. Das im Nachverfahren den Kläger kostenpflichtig abweisende Urteil bildet daher einen geeigneten Titel zur Festsetzung auch derjenigen Kosten, die dem Beklagten zur Vorbereitung der Berufungseinlegung entstanden sind, wenn das im ordentlichen Verfahren erlassene Urteil vor Zustellung der Berufungsschrift verkündet ist.

c) **RG.** SächsA. **13** 83: Ein im Urkundenprozeß abgegebenes Geständnis wirkt auch für das Nachverfahren. Eine im Urkundenprozesse rechtskräftig verworfene Einrede kann im Nachverfahren auch dann nicht mehr beachtet werden, wenn die zu ihrer Begründung angeführten Tatsachen in einzelnen Punkten abgeändert werden.

3. Einstweilige Verfügung.

RG. JW. **04** 96: § 600 ZPO. gibt dem unter Vorbehalt Verurteilten unter keinen Umständen ein Recht, dem Kläger die Urteilssumme vorzuenthalten und zur Sicherung dieses vermeintlichen Rechtes eine einstweilige Verfügung zu beantragen.

II. Nachverfahren und Berufung gegen das Vorbehaltsurteil.

1. **RG. 57** 185, JW. **04** 240: Ist einer in der ersten Instanz abgewiesenen Wechselklage in der Berufungsinstanz durch Vorbehaltsurteil stattgegeben worden, so ist zum Nachverfahren vor das Berufungsgericht zu laden. Das Gericht erster Instanz kann nicht einmal durch Vereinbarung der Parteien zuständig werden. Ist das Nachverfahren dennoch vor dem Gericht erster Instanz eröffnet und das dort ergangene Urteil mit der Berufung angefochten worden, so kann das nunmehr von dem Berufungsgericht erlassene Urteil nicht aus dem Grunde aufgehoben werden, weil das Nachverfahren vor dem unzuständigen Gericht eröffnet worden war.

2. **RG. 57** 185: Ist auf ein Vorbehaltsurteil sowohl das Nachverfahren eingeleitet, als auch das Rechtsmittel im Wechselprozeß eingelegt und in diesem nach voraufgegangener Aufhebung des ersten Wechselurteils abermals ein mit demselben übereinstimmendes Vorbehaltsurteil ergangen und unangefochten geblieben, so ist, wenn im Nachverfahren die im Wechselprozeß ergangene Entscheidung gebilligt werden soll, nicht dasjenige Urteil für aufrechterhalten zu erklären, auf Grund dessen das Nachverfahren eingeleitet worden war, sondern es ist das letzte im Wechselprozeß ergangene Urteil aufrecht zu erhalten. Ebenso **RG. 29** 368, trotz KG., KGBl. **2** 4, Wach, Vorträge 311 Nr. 1.

III. Nachverfahren und Restitutionsklage.

RG. 54 304, JW. **03** 181: Ist dem Beklagten die Ausführung seiner Rechte vorbehalten und das Vorbehaltsurteil rechtskräftig geworden, so kann es zwar aus den Gründen, die eine Restitutionsklage rechtfertigen, aber nicht im Wege des Wiederaufnahme-, sondern nur des Nachverfahrens angefochten werden.

§ 603. I. Urteilsreife vor Zustellung an den im Prozeßbezirke Wohnhaften.

1. OLG. **7** 300 (Dresden): Für die Fälle des § 603 Abs. 2 muß gefordert werden, daß die Zustellung an den Wechselverpflichteten, der seinen allgemeinen Gerichtsstand bei dem vom Kläger angegangenen Gerichte hat, mindestens bis zu der Verhandlung erfolge, auf die das Urteil ergeht; denn sonst gebricht es an der den Gerichtsstand erforderlichen Voraussetzung, daß mehrere Wechselverpflichtete gleichzeitig verklagt werden, insofern, als verklagt nur derjenige erscheint, gegen den die Klage wirklich erhoben, d. h. zugestellt ist.

2. OLG. **9** 80 (Cassel): Die Zuständigkeit ist hinsichtlich der auswärtigen Wechselverpflichteten nur begründet, wenn mindestens bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil gegen sie ergeht, die Klagezustellung an denjenigen Wechselverpflichteten, der seinen allgemeinen Gerichtsstand beim Gericht hat, erfolgt ist.

3. Anderer Ansicht:

OLG. **9** 80, SächsA. **14** 590 (Dresden): Ist die gegen mehrere Wechselschuldner im allgemeinen Gerichtsstande des einen derselben erhobene Klage

diesem noch nicht zugestellt, so ist auf den Antrag, das Versäumnis gegen die übrigen zu erlassen, die Klage nicht wegen örtlicher Unzuständigkeit abzuweisen, sondern nur der Antrag auf Erlassung des Versäumnisurteils gemäß § 335 Ziff. 1 zurückzuweisen und dadurch dem Kläger Gelegenheit zu geben, die Ladung des im Prozeßgerichte wohnhaften Schuldners bis zu einem vom Kläger zu beantragenden Termine nachzuholen.

II. Konkurs des im Prozeßbezirk Wohnhaften.

OLG. **9** 78 (Cassel): Das Gericht, in dem ein aus dem Wechsel beklagter Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ist und bleibt auch dann für die Klage gegen die übrigen Wechselverpflichteten zuständig, wenn der erste Schuldner bei Zustellung der Klage sich bereits im Konkurse befand. Vor der Anmeldung der Wechselforderung im Konkurse steht der Klage gegen den Gemeinschuldner überhaupt nichts im Wege. Für die spätere Zeit ist es aber einerseits nicht nötig, daß die Wechselklage gegen den ersten Schuldner materiell begründet ist, sondern nur, daß er nach Inhalt des Wechsels als Mitverpflichteter erscheint; andererseits kann durch die Anmeldung im Konkurse die vorher im Prozesse rechtswirksam erfolgte Klagezustellung nicht nachträglich ungültig werden. Ebenso Marcus, R. **04** 350.

III. Rücknahme der Klage gegen denselben.

SächsOLG. **25** 242: Die auf § 603 Abs. 2 gegründete Zuständigkeit des Gerichts wird nicht dadurch aufgehoben, daß die Klage in der ersten mündlichen Verhandlung gegenüber dem einzigen, im Bezirke des Prozeßgerichts wohnhaften Mitbeklagten zurückgenommen wird. Aus § 271 ist nicht das Gegenteil herzuleiten. Die Vorschrift spricht nicht davon, daß auch die Zuständigkeit des Gerichts durch Klagerücknahme mit rückwirkender Kraft beseitigt wird, sondern handelt nur von der Rechtshängigkeit und deren Folgen. Der Gerichtsstand des § 603 ist aber keine Folge der Rechtshängigkeit; er hat vielmehr seinen Grund lediglich in der Tatsache, daß der außerhalb des Gerichtsbezirkes wohnhafte Wechselverpflichtete mit einem anderen Wechselverpflichteten in dessen allgemeinen Gerichtsstande gemeinschaftlich verklagt wird. Beide, diese Gemeinschaftlichkeit der Klage und die Rechtshängigkeit der Sache, werden selbständig nebeneinander durch die Zustellung der Klage begründet.

IV. Aufgabe des die Zuständigkeit begründenden Wohnsitzes.

OLG. **9** 78 (Cassel): Der allgemeine Gerichtsstand, den ein Wechselschuldner lediglich bis zur Einreichung der Klageschrift im Bezirke des Prozeßgerichts gehabt hat, macht dieses nicht für die Klage gegen andere Wechselschuldner zuständig. (Gegen Sydow-Busch 603 Anm. 2, der sich auf **RG. 36** 366 beruft.)

V. Scheinklage.

RG. 51 175: Der Gerichtsstand aus Abs. 2 ist an dem Orte nicht begründet, an dem nur ein lediglich zum Scheine mitverklagter Wechselschuldner seinen Wohnsitz hat. — Die Scheinnatur der Klage war daraus zu folgern, daß der Mitbeklagte nicht nur nach dem anderen Wechselschuldner, sondern erst beklagt worden ist, nachdem er die Wechselsumme und die Protestkosten an den Kläger mit der Abrede gezahlt hatte, daß dieser ihm den Betrag, den er von dem anderen Wechselschuldner erstreiten werde, erstatten und die Prozeßkosten vergüten müsse.

§ 604. 1. Vorstellung der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin an den Justizminister.

JW. **04** 23, KGBl. **04** 14: Es wird sich empfehlen, für Wechselsachen die Einlassungsfrist für die Berliner Landgerichtsbezirke einheitlich auf höchstens drei Tage festzusetzen.

2. Auf diese Eingabe hat der Justizminister erwidert.

R. **04** 570: Ein Anlaß, eine baldige Änderung des § 604 anzuregen, liege nicht vor. Er habe den Kammergerichtspräsidenten angewiesen, durch eine entsprechende Verfügung bei den (jetzt und nach Inkrafttreten der neuen Berliner Gerichtsorganisation) beteiligten Gerichten auf eine gleichmäßige und sachgemäße Anwendung des bestehenden Gesetzes unter Erläuterung dieses hinzuwirken.

Sechstes Buch. Ehesachen, Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern, Entmündigungssachen.

Erster Abschnitt. Verfahren in Ehesachen.

Vorbemerkung: Mit bemerkenswerter Energie hat die Rechtsprechung den Grundsatz aufgestellt, daß jede Klage aus § 615 ZPO. den gesamten auf den Bestand der Ehe bezüglichen Streitstoff erledigen soll. Mit ihrer Erhebung werden also alle Scheidungs- und Anfechtungsgründe beider Parteien rechtshängig, alle zu ihrer Geltendmachung vorgesehenen Fristen hören auf zu laufen; ein über die Ehescheidungsklage stattgebendes Teilurteil unter Vorbehalt der Entscheidung über die Widerklage ist unmöglich. — Die Entscheidungen über „Berufung in Ehesachen" sind am Schlusse dieses Abschnitts zusammengestellt.

§§ 606 ff. 1. Allgemeines. Beweislast.

RG. JW. **03** 54: Auf Ehesachen finden die allgemeinen Regeln über die Beweislast unverändert Anwendung.

2. Keine Klage auf Trennung von Tisch und Bett.

RG. 55 356: Die Zivilprozeßordnung enthält keine Vorschriften, die für eine Klage auf — beständige oder zeitweise — Trennung von Tisch und Bett einen Gerichtsstand statuierten oder ein besonderes Verfahren regelten; es ist aber auch ausgeschlossen, daß über derartige Klagen im gewöhnlichen Prozeßverfahren verhandelt werden könnte.

3. Über Berufung in Ehesachen s. u. d. Anhang zum 6. Buch.

§ 606. Abs. 4. 1. **RG.** JW. **04** 87: Sind beide Ehegatten Österreicher und hat der Ehemann seinen Wohnsitz im Inlande, so ist das Gericht seines Wohnsitzes gemäß den Vorschriften der ZPO. und der österreichischen Jurisdiktionsnorm vom 1. 8. 1895 für die gegen ihn gerichtete Klage zuständig.

2. KG., KGBl. **03** 4: Das Scheidungsurteil eines deutschen Gerichts in dem Ehestreite eines österreichischen Ehepaares wird von den österreichischen Gerichten nicht anerkannt.

§ 607. OLG. Braunschweig, BraunschZ. **51** 75 b: Die Staatsanwaltschaft bedarf nicht der Vertretung durch einen Rechtsanwalt. Zu ihrer Vertretung ist vielmehr in den einzelnen Instanzen die dem betreffenden Gericht beigeordnete Staatsanwaltschaft selbst berufen.

§ 609. **RG.** SeuffA. **58** 21: Um der Ladung zum Sühnetermin die im § 1571 BGB. angegebene Wirkung (Wahrung der sechsmonatigen Frist zur Erhebung der Ehescheidungsklage) zu sichern, bedarf es nicht der Aufnahme bestimmter einzelner Scheidungsgründe in die Ladungsschrift. Das Gesetz schreibt solches nirgends vor; es geht davon aus, daß das Sühneverfahren ohne weiteres das eheliche Verhalten im ganzen zum Gegenstande hat. Dementsprechend bestimmt auch der § 614 Abs. 2 ZPO, daß das Vorbringen neuer Klaggründe im Verlaufe des Prozesses und die Erhebung einer Widerklage von einem Sühneversuche nicht abhängig sei.

§ 613. I. Erfordernisse der Vollmacht.

1. OLG. **7** 275 (Oldenburg): Zur Erhebung der Klage auf Scheidung genügt, daß die Vollmacht nur im allgemeinen für die Vertretung im Scheidungsprozeß ausgestellt ist. Die Vollmacht der beklagten Partei braucht eine ebensolche Ermächtigung zur Erhebung der Widerklage nicht zu enthalten. Die allgemeine Regel aus § 81 findet auch im Falle des § 613 Anwendung.

2. OLG. Braunschweig, BraunschZ. **50** 35: Ist die Vollmacht des Anwalts in der Berufungsinstanz von dem gehörig bevollmächtigten Vertreter erster Instanz unterzeichnet, so ist dem § 613 ZPO. genügt.

II. Umfang der Vollmacht.

1. OLG. **7** 275 (Oldenburg): Die Vollmacht des Beklagten im Ehescheidungsprozesse legitimiert auch zur Erhebung der Widerklage.

2. OLG. **7** 405 (Colmar): Der vom Ehemann gegen die Unterhaltsklage seiner Frau bestellte Prozeßbevollmächtigte ist nicht zu einer Aufforderung gemäß § 1571 Abs. 2 BGB. befugt (s. Nr. 3).

Der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten ist kein zum Empfang jener Aufforderung berechtigter Vertreter, teilt er sie dem Auftraggeber mit, so wird sie dadurch nicht wirksam.

3. **RG.** JW. **04** 412: Die einfache Prozeßvollmacht in Ehesachen legitimiert nicht zu der Aufforderung aus § 1571 Abs. 2 BGB., die häusliche Gemeinschaft herzustellen oder die Ehescheidungsklage anzustrengen.

III. Offizialprüfung.

1. **RG. 45** 418, JW. **00** 118: Die Vollmacht des Anwalts, der für den Widerkläger in der Revisionsinstanz als Revisionskläger auftritt, muß von Amts wegen geprüft werden, selbst wenn die Gegenklage nur Wiederherstellung des ehelichen Lebens anstrebt.

2. **RG.** JW. **00** 148: Da die Offizialprüfung der Vollmacht nur für den angreifenden Teil vorgeschrieben ist, braucht für den Kläger, der in der Revisionsinstanz nur als Beklagter auftritt, die Vollmacht dort nicht nachgewiesen zu werden.

§§ 614—616. I. Gegenstand des Verfahrens.

a) Grundsatz im allgemeinen.

Dernburg, BürgR. IV 16, **RG. 19** 410, **31** 13, **53** 334, JW. **04** 147, Gruchots Beitr. **48** 825, **47** 1180, OLG. **5** 394 (Jena): Jede der im § 615 angeführten Klagen gilt als bestimmt und geeignet, den gesamten gleichzeitig vorhandenen, auf den Bestand der Ehe bezüglichen Streitstoff in sich aufzunehmen. Ihre Erhebung macht alle vorhandenen Gründe beider Parteien, mögen sie auf Scheidung abzielen oder zur Anfechtung dienen, rechtshängig.

Auf einem hiermit im wesentlichen übereinstimmenden Standpunkt steht *Behr, Scheidungs- bzw. Aufhebungsklage und Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft, AbürgR. **25** 11: Bei Anhängigkeit einer Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens kann der Klage auf Scheidung der Ehe die Einrede der Rechtshängigkeit gemäß §§ 274 Ziff. 4 des Abs. 2, 263 entgegengesetzt werden.

Beide beziehen sich nämlich auf den Bestand der Ehe, umfassen den gesamten auf den Bestand der Ehe bezüglichen Streitstoff: die Scheidungsklage will die Auflösung des Bestandes der Ehe, die Herstellungsklage aber die Aufrechterhaltung eines Essentiale für den Bestand der Ehe, der ehelichen Lebensgemeinschaft. Aus dem Umstande, daß die Herstellungsklage die Erhaltung, die Scheidungsklage die Zerstörung der Ehe bezweckt, folgt deren absolute Inkompatibilität. § 616 steht derselben nicht entgegen; da er nur von der „Abweisung" der Scheidungsklage, nicht aber auch von dem Falle spricht,

daß derselben stattgegeben wird, während hier beide Möglichkeiten zu erwägen sind.

Ist aber gegen eine Scheidungsklage die Einrede der Rechtshängigkeit wegen Anhängigseins einer Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens zulässig, so kann auch zu der Zeit, zu welcher über die Scheidungsklage zu erkennen ist, dieser die Einrede der Rechtskraft eines vorliegenden Herstellungsurteils und umgekehrt entgegengesetzt werden. Sie schließt dann die Verhandlung über die Scheidungs- bzw. Herstellungsklage, deren Ausgang ja unter Umständen ein diesem Urteil widersprechender sein könnte, aus, und zwar nicht auf Grund der Rechtshängigkeit gemäß § 274 Abs. 2 Ziff. 4, sondern auf Grund der Rechtskraftwirkung, soweit eben nicht die neue Klage sich auf einen neuen, durch den früheren Prozeß nicht absorbierten Klagegrund stützt.

Sonach kann die Herstellungsklage wegen des direkt widerstreitenden Petitums neben der Scheidungsklage nur als eventuelle Klage, für den Fall der Abweisung der letzteren, oder als Widerklage denkbar sein, d. h. sie kann mit der Scheidungsklage verbunden werden. Dagegen ist sie, wenn getrennt anhängig gemacht, wegen Rechtshängigkeit der anderen Klage bzw. wegen Rechtskraft des auf diese ergangenen Urteils, abzuweisen. Auch eine Verbindung der beiden Klagen durch Gerichtsbeschluß ist nicht möglich, da ja die eine wie die andere den gesamten auf den Bestand der Ehe bezüglichen Streitstoff zu erschöpfen hat, und ohne spezielle Geltendmachung des Verbindungsantrags und dadurch erfolgende Zusammenfassung der Streitmaterie nur in dem einen oder anderen Sinne erkannt werden kann.

Was für die Scheidungsklage gilt, muß auch hinsichtlich der Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gelten. Denn nach § 639 ist im Sinne des Abschnitts 1 des VI. Buches unter Scheidung auch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zu verstehen.

b) Abgrenzung des Grundsatzes.

1. **RG.** DJZ. **03** 223: Die in einem Vorprozesse geltend gemachten Tatsachen können zur Unterstützung anderer Klagegründe auch in einem neuen Eherechtsstreite vorgebracht werden, da es nur unzulässig ist, sie als selbständigen Klagegrund zu verwerten.

2. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 115: Die Rechtskraft des Urteils auf Herstellung des ehelichen Lebens erstreckt sich nur auf die vor der letzten mündlichen Verhandlung liegenden Vorgänge in der Art, daß allein aus ihnen nicht mehr ein Recht auf Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft hergeleitet werden kann. Dies gilt also nicht von den Handlungen, die zwischen jener Verhandlung und der Rechtskraft des Urteils liegen.

3. Dagegen.

RG. Gruchots Beitr. **48** 825, JW. **04** 147: Selbst ein Ehescheidungsgrund, der der Partei erst bekannt wurde, als der Rechtsstreit in der Revisionsinstanz schwebte, und der daher nicht mehr vorgebracht werden konnte, wird durch das in der Revisionsinstanz ergehende Urteil erledigt, so daß seiner Geltendmachung die Einrede der Rechtskraft oder der Rechtshängigkeit entgegensteht.

4. **RG.** SeuffA. **59** 473, HansGerZ. **04** Beibl. 265: Die Befugnis, neue Klagegründe bis zum Schlusse der Verhandlung geltend zu machen, auf die das Urteil ergeht, ist nur unbeschadet der allgemeinen Vorschriften über die Rechtskraft gegeben. Im Läuterungsverfahren kann daher eine nach dem bedingten Scheidungsurteil erfolgte Versöhnung der Parteien nicht mehr geltend gemacht werden. Anders wäre es bei einem gerichtlich erklärten Verzicht auf den Scheidungsanspruch.

II. Anwendung des Grundsatzes
a) bei Aussetzung.

RG. Gruchots Beitr. **47** 1180: Hat ein Ehegatte nacheinander die Eheanfechtungs- und die Scheidungsklage erhoben und ist darauf erst das Verfahren über die Ehescheidungsklage auf bestimmte Zeit eingestellt und später die Anfechtungsklage abgewiesen worden, so steht der Scheidungsklage die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache aus § 616 ZPO. entgegen.

b) bei Wahrung von Fristen.

1. RG. **53** 334: Eine zur Geltendmachung eines Anfechtungsgrundes vorgeschriebene Frist (vgl. z. B. ALR. II 1 §§ 41, 976) ist gewahrt, wenn vor dem Ablauf die Ehescheidungsklage erhoben ist.

2. OLG. Jena, ThürBl. **50** 212: Die Frist für die Anfechtung der Ehe wird auch durch die Ehescheidungsklage gewahrt.

3. RG. DJZ. **03** 297, SeuffBl. **04** 232: Hat der Ehemann vor Ablauf von 6 Monaten, nachdem er selbst einen Scheidungsgrund gegeben, die Ehescheidungsklage angestrengt, so ist damit die Verjährung aus § 1339 BGB. unterbrochen worden, so daß jener Grund durch Widerklage der Ehefrau geltend gemacht werden kann.

4. RG. SächsA. **13** 566: Die fristgemäße Erhebung der Scheidungsklage wahrt die Frist für alle im Laufe desselben Verfahrens, wenn auch erst nach Ablauf von 6 Monaten, geltend gemachten Anfechtungsgründe.

c) Keine getrennte Entscheidung über Scheidungsklage und Widerklage.

1. RG. **58** 317: Jeder Ehescheidungs- oder Anfechtungsprozeß ist dazu bestimmt, alle bis zur Entscheidung durch den Tatrichter zu Gebote stehenden Klagegründe und -Anträge zur Erledigung zu bringen. Würde jedoch auf eine Ehetrennungsklage und -Widerklage ein derselben stattgebendes Teilurteil ergehen, so wäre für die Erledigung der anderen Klage (bzw. Widerklage) kein Raum mehr, da es nach rechtskräftig geschiedener Ehe keinen lediglich die Schuldfrage behandelnden Ehetrennungsstreit mehr geben kann (s. § 617). Hiernach ist ein die Ehe trennendes Teilurteil, das die Ehescheidungswiderklage unerledigt läßt, unzulässig. Dasselbe muß aber auch von einem die eine der beiden Eheauflösungsklagen abweisenden Teilurteile gelten, zumal ein solches leicht zu Unträglichkeiten führen kann. (Über die gegenteilige Praxis der unteren Gerichte s. Lobe, SächsA. **6** 673.)

2. OLG. Braunschweig, SeuffA. **59** 283, OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 204: Ein Urteil, das die Ehe auf Antrag des einen Gatten scheidet und den anderen für schuldig erklärt, daneben aber von einem Eide abhängig macht, ob dem Scheidungsbegehren des letzteren unter Schuldigsprechung auch des ersteren ebenfalls stattzugeben ist, ist ein unzulässiges Teilurteil. Es muß in solchem Falle ein bedingtes Endurteil erlassen werden, das die Scheidung der Ehe ausspricht und die Schuldfrage vom Eide abhängig macht.

3. Ebenso RG. **58** 316: Wird ein Teilurteil der nach vorstehendem unzulässigen Art (s. Nr. 2) erlassen und rechtskräftig, so tritt die unbedingt ausgesprochene Scheidung und Schuldigerklärung des einen Ehegatten in Geltung und die mit der Auflösung der Ehe unvereinbare bedingte Entscheidung außer Kraft.

S. o. Ziff. 1 zu §§ 606 ff.

§ 615. OLG. Jena, ThürBl. **50** 100: Widerklagen gegen Widerklagen sind auch im Eheprozeß unzulässig.

§ 616. 1. OLG. Colmar, R. **03** 214: § 616 hat die Abweisung der Scheidungs- oder Anfechtungsklage zur Voraussetzung und ist auf deren Zurücknahme nicht anwendbar.

2. OLG. Karlsruhe, DJZ. **03** 408: Ist die Gegenseitigkeit im Auslande als verbürgt anzusehen, so ist auf einen dortigen Rechtsstreit § 616 ZPO. gerade so anzuwenden wie auf einen früheren Rechtsstreit bei einem deutschen Gerichte.

§ 617. Abs. 2. Eideszuschiebung.

1. RG. Gruchots Beitr. **47** 966, JW. **03** 181, DJZ. **03** 297: Die Eideszuschiebung ist zulässig über Tatsachen, die zwar Ehescheidungsgründe enthalten, durch die aber lediglich die Schuld der Partei, an welche deferiert ist, bewiesen werden soll. (Ebenso unter altem Rechte RG. **34** 351 und **43** 423.)

2. RG. JW. **04** 392: Soweit mit der unter Eidesbeweis gestellten Tatsache auch ein Scheidungsantrag begründet wird, ist sie unzulässig. Dies gilt auch dann, wenn in der ersten Instanz die Ehe bereits auf die Widerklage der anderen Partei geschieden, und dieses Urteil, soweit es auf Scheidung lautete, nicht angegriffen war. Denn im Wege der Berufungserweiterung konnte der Angriff nachgeholt werden.

3. S. o. §§ 614—616 Nr. II c 1.

§ 618. I. Abs. 2.

Kulemann, R. **03** 452: § 618 Abs. 2 findet keine Anwendung, wenn die Partei zwar keinen Anwalt hat, aber persönlich erscheint. Sie darf dann zwar keine prozessualen Handlungen vornehmen, kann aber vernommen werden. Nicht heranzuziehen ist die nur für das Versäumnisverfahren gegebene Fiktion des Nichterschienenseins einer durch keinen Anwalt vertretenen Partei auf Grund des § 333 ZPO., da es kein Versäumnisurteil in Ehesachen gibt. Die privilegierte Stellung der Parteien in Ehesachen zeigt § 610, wonach die Parteien im Sühnetermin ohne Anwälte verhandeln können. ➳ A. M. RG. **35** 345 und die meisten Kommentare. § 610 beweist nichts für die Ansicht K's, da er nur das Prinzip der Freiheit vom Anwaltszwange vor den Amtsgerichten, aber kein Privileg für Ehesachen zum Ausdruck bringt. — Red. ⟵

II. Abs. 3. 1. *Schlier, SeuffBl. **03** 420: Im Gegensatz zur gemeinen Meinung ist mit Sydow-Busch auf Grund der Motive z ZPO. die Frage, ob die Ladung des Beklagten von Amts wegen oder auf Betreiben der Parteien zu erfolgen hat, wie folgt, zu beantworten: Gemäß § 329 Abs. 3 ZPO. ist zu nicht verkündeten Terminen der Beklagte von Amts wegen zu laden.

Zu verkündeten Terminen bedarf es in dem Falle des § 618 Abs. 3 — als Ausnahme von der Regel des § 218 ZPO. — einer Ladung des Beklagten durch die Gegenpartei. (Hahn, GesMat. Motive zur ZPO. 404).

2. OLG. Cöln, RheinA. **03** I 55: Abs. 3 bestimmt nichts darüber, wer zu laden hat. Im Falle des § 370 sind daher auch im Eheprozeß beide Parteien von Amts wegen zu laden, selbst wenn der Beklagte keinen Anwalt bestellt hat.

III. Abs. 4. OLG. Braunschweig, BraunschZ. **50** 36: Abs. 4 gibt in Verbindung mit Abs. 3 für den im Abs. 4 vorgesehenen Fall nur der Regel des § 218 wieder Raum. Selbst bei Vorliegen der Voraussetzungen öffentlicher Ladung muß daher die Partei von jedem Beweistermine benachrichtigt werden, der nicht in einer verkündeten Entscheidung bestimmt ist.

IV. Abs. 5. RG. Gruchots Beitr. **48** 641: Ein Urteil, das auf der totalen Versäumnis einer Partei beruht, ist auch, wenn es sich nicht als Versäumnis-

urteil bezeichnet, sondern den § 617 Abs. 2 ZPO. anzieht, als ein (im Eheprozeß unzulässiges) Versäumnisurteil anzusehen. Gegen dasselbe ist nicht die Berufung, sondern der Einspruch gegeben.

§ 619. **RG.** JW. **03** 26, Puchelts Z. **34** 82, R. **03** 107: Das Recht zu Zwangsmaßregeln zwecks Herbeiführung des persönlichen Erscheinens begreift nicht das Recht des Gerichts in sich, die körperliche Untersuchung einer Partei durch einen Sachverständigen anzuordnen und zu erzwingen. Die Weigerung einer Partei, sich einer solchen Untersuchung zu unterwerfen, kann zwar den Verdacht aber für sich allein nicht den Beweis ihrer angeblichen Zeugungsunfähigkeit erbringen.

§ 620. 1. OLG. **9** 81 (Colmar): Die Befugnis zur Aussetzung ist dem Gerichte nur zu dem Zwecke gegeben, einen Weg zur Aufrechterhaltung der Ehe dann noch zu suchen, wenn an sich die Voraussetzungen für die Ehescheidung bereits vorliegen. Anderenfalls ist die vorherige Beweiserhebung erforderlich. Eine notwendige sachliche Prüfung darf nie durch Aussetzung aufgeschoben werden.

2. OLG. Kassel, OLG. **9** 81, SeuffA. **59** 420: Bedingung der Aussetzung ist, daß an sich die Voraussetzung für die Scheidung vorliegt und ein tatsächlicher Anhalt für die Möglichkeit der Aussöhnung gegeben ist.

3. **RG.** **58** 315: Ist von beiden Teilen Scheidung beantragt, so kann nicht auf den Antrag der einen Partei Aussetzung angeordnet und über das Scheidungsbegehren des anderen Teiles weiterverhandelt werden. Dies Verfahren würde zu einem (vgl. §§ 614—616 Nr. IIc) unzulässigen Teilurteile führen.

4. **RG.** JW. **04** 41: Wenn die Zerrüttung des ehelichen Lebens unheilbar ist, so bedarf es keiner weiteren Ausführung, daß die Aussöhnung der Parteien ausgeschlossen ist.

§ 622. I. Berücksichtigung von Einreden.

1. OLG. **7** 105 (Hamburg): Wenn sich der eine Ehegatte, lediglich um sich der Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft zu entziehen, in das Ausland begeben hat und seinen Aufenthalt verheimlicht, so liegt keine Veranlassung vor, von Amts wegen die vom Beklagten nicht erhobene Einrede zu instruieren, daß er infolge von Verletzungen der ehelichen Pflichten durch den anderen Ehegatten auf Scheidung klagen könnte und daher befugt sei, sich der ehelichen Gemeinschaft fern zu halten. Denn einerseits würde die Berücksichtigung der Einrede voraussichtlich doch nicht zu einer Wiedervereinigung der Ehegatten führen. Andererseits würde bei der Unbekanntheit des Aufenthaltsorts des Beklagten die zwingende Vorschrift des § 622, die Parteien vor der Entscheidung zu hören, nicht befolgt werden können.

2. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 118: Die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache aus § 616 ZPO. ist von Amts wegen zu berücksichtigen.

II. Fragepflicht.

1. **RG.** JW. **03** 23: Die dem Gerichte obliegende Fragepflicht wird durch § 622 zwar gesteigert; aber nicht unter allen Umständen braucht der Tatrichter Fragen zu stellen, zu deren näheren Erörterung die Partei, wenn sie ihr möglich gewesen wäre, schon aus anderen Gründen Veranlassung hatte.

2. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 15: Vor einer Entscheidung aus § 622 ZPO. sind beide Parteien zu hören.

§ 624. I. Reglementäre Natur der Vorschrift.

1. OLG. Jena, DJZ. **03** 180: § 624 ist so zu verstehen, daß nur, wenn auf Grund der Verhandlung und der für die Zwecke des Scheidungsprozesses erhobenen Beweise die gedachte Feststellung möglich ist, sie im Urteile getroffen werden solle.

2. **RG. 55** 245: Die Vorschrift des § 624 ZPO. ist bloß reglementärer Natur. Sie nötigt den Richter nicht, bei Liquidität eines anderen Scheidungsgrundes das Verfahren bezüglich eines außerdem behaupteten Ehebruchs fortzusetzen, um eventuell den Namen des Ehebrechers festzustellen. — Ebenso OLG. Stuttgart, DJZ. **03** 504: Es kann daher nicht Berufung mit dem Antrage eingelegt werden, die Ehe statt wegen Ehebruchs mit A. wegen Ehebruchs mit A. und B. zu scheiden.

II. Urteilstenor.

KG., KGBl. **04** 64: Hat die Vorinstanz beide Teile für schuldig erklärt, die Rechtsmittelinstanz aber die Widerklage abgewiesen, so ist ein ausdrücklicher Ausspruch im Urteilstenor darüber, daß der Kläger an der Scheidung nicht schuldig ist, ebensowenig erforderlich, wie hinsichtlich der Entscheidung auf die Klage, daß der Beklagte allein schuldig ist. Es ist gegen ein solches Urteil nicht der Antrag aus § 321, sondern höchstens aus § 319 ZPO. gegeben.

III. Zulässigkeit der Berufung.

KG., OLG. **7** 409 und 410: Die Berufung des Klägers, die lediglich bezweckt, daß auch die Beklagte für schuldig erklärt werde, ist unbegründet, wofern nicht die Voraussetzungen des § 1574 Abs. 2 oder 3 bzw. analoge Fälle (vgl. **RG. 49** 169) vorliegen.

§ 625. I. Bei Rechtsmittelverzicht.

RG. Gruchots Beitr. **48** 1135: Auch wenn in das Sitzungsprotokoll aufgenommen ist, daß beide Parteien nach Verkündung des Ehescheidungsurteils auf Rechtsmittel verzichteten, ist das Urteil von Amts wegen zuzustellen.

II. In der Berufungsinstanz.

1. **RG.** JW. **04** 235: Auch wenn gegen ein die Scheidung aussprechendes Urteil nur bezüglich der Schuldfrage Berufung eingelegt war, ist das Urteil des Berufungsgerichts von Amts wegen zuzustellen. ➳ Unter Aufgabe der in den bei Gruchots Beitr. **25** 1131, JW. **85** 233 veröffentlichten Entscheidungen ausgesprochenen gegenteiligen Ansicht und in Übereinstimmung mit JW. **01** 323, **03** 181, wonach das erste Urteil auch bezüglich der Teile nicht rechtskräftig wird, gegen die sich die Berufungsanträge nicht richten. — Red. ⇠

2. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 613 ➳ unter Aufgabe seiner Gruchots Beitr. **29** 1131, JW. **85** 244 niedergelegten Ansicht. — Red. ⇠ Ein auf Zurückweisung der Berufung gegen ein Scheidungsurteil lautendes Erkenntnis beseitigt das der Rechtskraft des ersten Urteils entgegenstehende Rechtsmittel und gehört somit selbst zu den von Amts wegen zuzustellenden, auf Scheidung lautenden Urteilen.

§ 627. I. Anwendungsgebiet.

1. OLG. **8** 331 (KG.): Wenn der antragstellende Ehegatte nur getrennt leben und nicht auf Scheidung klagen will, ist für Anwendung des § 627 kein Raum.

2. OLG. Dresden, SächsA. **13** 588, OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **01** 182, SeuffA. **58** 39: Auch bei dem auf Herstellung des ehelichen Lebens gerichteten Prozeß sind einstweilige Verfügungen der im § 627 geregelten Art zulässig. Es steht weder § 940 noch § 627 dem Erlasse einer solchen Verfügung entgegen.

II. Inhalt.

A. Unterhaltspflicht der Ehegatten. (JDR. **1** Ziff. 3.)

1. OLG. Braunschweig, BraunschZ. **50** 41: Es ist nicht angemessen, dem Ehemann zu gestatten, die Beitreibung des der Ehefrau zu gewährenden Kostenvorschusses durch Sicherheitsleistung abzuwenden. Ein „durch Hinterlegung gesicherter Kostenvorschuß" bringt der Ehefrau nicht die bezweckten Vorteile.

2. OLG. 9 81 (Cassel): Bei der einstweiligen Verfügung ist nicht § 1353 BGB. maßgebend, sondern entscheidend ist das Ermessen des Prozeßrichters, ob eine Regelung aus § 627 ZPO. nach §§ 935, 940 ZPO. nötig erscheint. Umfang, Art und Weise der Unterhaltspflicht bestimmen die §§ 1361, 760 BGB.

3. OLG. Braunschweig, BraunschZ. 50 39: Der die Entrichtung einer Geldrente fordernde Ehegatte hat zu beweisen, daß die Ehegatten getrennt leben und die Herstellung des ehelichen Lebens mit Recht verweigert wird.

4. OLG. Braunschweig, BraunschZ. 50 40: Zur Anordnung der Gewährung des Unterhalts durch eine Geldrente ist weder erforderlich, daß dem Ehegatten das Getrenntleben bereits gerichtlich gestattet ist, noch daß er die Herstellung des ehelichen Lebens nach den Vorschriften des BGB. verweigern darf. Eine Besonderheit des § 627 besteht vielmehr darin, daß das Vorhandensein eines Ehestreits in Verbindung mit den Vorbedingungen des § 940 als Grund für die Anordnung soll genügen dürfen, daß beim Getrenntleben der Unterhaltspflichtige eine Geldrente gewähren müsse.

5. OLG. Braunschweig, BraunschZ. 50 40: Die Anordnung monatlicher Vorauszahlung der Geldrente ist trotz der §§ 1361, 760 BGB. zulässig, wenn sie dem Wunsche der Antragstellerin entspricht.

6. OLG. Braunschweig, BraunschZ. 50 40: Bei Bemessung der Geldrente ist auf die Kapitaleinkünfte der Ehefrau, nicht aber auf eine zur Zeit bestehende Verdienstlosigkeit des Ehemanns Rücksicht zu nehmen, da es nur auf dessen Fähigkeit, zu verdienen, ankommt.

B. Sorge für die Kinder. (JDR. 1 Ziff. 4.)

1. OLG. Braunschweig, BraunschZ. 50 38: Bei der einstweiligen Regelung bezüglich der Kinder ist die Rücksicht auf deren körperliches und geistiges Wohl ausschlaggebend. Ein Anhalt über die Art der Regelung ist nicht aus den §§ 1627 und 1631, wohl aber aus den §§ 1635 und 1637 BGB zu entnehmen. Eine minderjährige Tochter ist daher der Mutter zu überweisen, falls nicht besondere Umstände eine andere Anordnung rechtfertigen.

2. SächsOLG. 24 162: Eine einstweilige Verfügung folgenden Inhalts ist statthaft und unter Umständen zweckmäßig: Der Beklagten wird für die Dauer des Rechtsstreits aufgegeben, (selbst oder durch eine dritte Person) ihre aus der Ehe mit dem Kläger stammende Tochter N. N. dem Kläger auf dessen Verlangen zum persönlichen Verkehr zuführen zu lassen.

Indessen darf der Kläger nicht beanspruchen, daß die Zuführung

a) anders, als wenn die jedesmal von ihm hierzu an die Beklagte zu richtende Aufforderung bei jener spätestens am dritten Kalendertage vorher eingegangen ist,

b) öfter als in Zwischenräumen von mindestens zwei Wochen oder

c) früher am Tage, als 3 Uhr nachmittags und der Verkehr

d) länger als bis 5 Uhr nachmittags oder

e) an einem anderen Orte als in einem in D. gelegenen Hotel erfolge, das der Kläger selbst jedesmal bei der von ihm an die Beklagte zu richtenden Aufforderung als Ort der Zuführung zu bestimmen hat.

3. OLG. 9 82 (Hamburg): Das Gericht kann gemäß § 627 anordnen, daß der unterhaltspflichtige Ehegatte dem anderen, der die Unterhaltung der Kinder tatsächlich besorgt und für sie nach den obwaltenden Umständen sorgen muß, die dazu erforderlichen Mittel zu gewähren habe.

4. S. unten Ziff. IV 2.

III. Ausschließliche Zuständigkeit.

1. Dernburg, BürgR. IV 18 d, OLG. 1 153 (KG.), Gaupp-Stein II 244: § 627 enthält keine ausschließliche Zuständigkeit des Ehegerichts bezüglich

der in ihm verzeichneten einstweiligen Verfügungen. A. M. Goldmann, Festgabe f. Wilke 53.

2. OLG. 7 46 (GK.): Das mit dem Ehestreite befaßte Gericht ist nur für solche einstweiligen Verfügungen ausschließlich zuständig, die die gegenseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten gemäß § 1369 BGB. für die Dauer des Scheidungsprozesses regeln. Ist dagegen diese zeitliche Schranke nicht gesetzt, so ist auch das sonst zuständige Gericht, z. B. das Landgericht während der Scheidungsprozeß in der Berufungsinstanz schwebt, zum Erlasse der Verfügung berechtigt.

3. OLG. Cöln, RheinArch. 03 I 57: Bis zur Rechtskraft des Ehescheidungsurteils ist das Prozeßgericht zum Erlasse einstweiliger Verfügungen zur Regelung des Verkehrs eines Ehegatten mit den der Sorge des anderen Ehegatten überwiesenen Kindern befugt.

IV. Konkurrenz mit vormundschaftlichen Anordnungen.

1. Busch, in Festgabe f. Koch (1903) 199: Nach § 627 ZPO. ist Regelung der Unterhaltspflicht während des Scheidungsprozesses durch das Prozeßgericht möglich, jedoch ohne unmittelbare Wirkung für das Kind. Das Vormundschaftsgericht kann den Elternteil auch nicht zur Erfüllung der Unterhaltspflicht anhalten, es kann nur nach §§ 1667, 1666 Abs. 2 BGB. vorgehen oder nach § 1612 Abs. 2 über Art und Zeit der Unterhaltsgewährung bestimmen; es kann aber nur auf Antrag der Kinder eine von dem Elternteil getroffene Bestimmung ändern, während, wenn dieser gar keine Bestimmung trifft und den Unterhalt nicht gewährt, nur der Prozeßweg stattfindet; bei einer unausführbaren Bestimmung seitens des Elternteils (z. B. Naturalverpflegung des bei dem anderen Elternteil befindlichen Kindes), ist wahlweise Antrag auf Änderung bei dem Vormundschaftsgericht und Klage auf Geldrente gegeben

2. OLG. 7 75 (KG.): Während eines Scheidungsprozesses steht die Befugnis, auf Grund des § 1666 BGB. Anordnungen wegen der Sorge für die Person der gemeinschaftlichen Kinder der Streitteile zu treffen, nicht ausschließlich dem Prozeßrichter zu. Das Recht und die Pflicht der Sorge für die Person der in der Ehe erzeugten Kinder ist Ausfluß der elterlichen Gewalt (§ 1627) und steht deshalb, soweit nicht die elterliche Gewalt des Vaters erloschen ist oder ruht, diesem als dem gesetzlichen Inhaber derselben zu. Das Sorgerecht des Vaters kann aber eingeschränkt oder auch gänzlich aufgehoben werden (§ 1666). Die Entscheidung über die zum Schutze des Kindes erforderlichen Anordnungen liegt dem Vormundschaftsgericht ob, welches, wenn es durch den Antrag eines Interessenten oder auf andere Weise Kenntnis von dem Bedürfnis eines Einschreitens erlangt, von Amts wegen die erforderlichen Ermittelungen anzustellen und die geeigneten Anordnungen, deren Auswahl seinem freien Ermessen überlassen ist, zu treffen hat. Auf einer wesentlich anderen Grundlage beruht die in § 627 ZPO. dem Ehescheidungsrichter gegebene Ermächtigung, für die Dauer des Rechtsstreits eine Anordnung wegen der Sorge für die Person der gemeinschaftlichen minderjährigen Kinder zu treffen. Voraussetzung derselben ist nicht, wie im Falle des § 1666, ein Schutzbedürfnis des Kindes. Sie beruht vielmehr auf dem Bedürfnis, einen Streit der Eltern untereinander zu regeln.

Dieser Charakter des § 627 ZPO., als bestimmt zur Entscheidung über einen Streit der Eltern, mußte natürlich zu einer ganz anderen Gestaltung des Verfahrens und der Entscheidung führen, als die Entscheidung auf Grund des § 1666. Hier hat der Richter völlig freie Wahl bezüglich der zu treffenden Anordnungen, insbesondere kann er auch die Sorgepflicht beiden Eltern ent-

ziehen. Dort hat er nur die Wahl, ob er die Sorge für die Person des Kindes dem einen oder anderen Teile überweisen will. Hier ist das Verfahren durchweg ein amtliches, dort erfolgt es nur auf Antrag und nur auf Grund der von den Parteien vorgetragenen Behauptungen und vorgebrachten Mittel zur Glaubhaftmachung dieser. Der Umstand, daß die einstweilige Verfügung aus § 627 kein Schutzbedürfnis des Kindes voraussetzt, hat auch dahin geführt, die Entscheidung nicht dem Vormundschaftsgerichte zu überweisen.

Wenn nun auch die einstweilige Verfügung des Prozeßrichters in erster Linie dazu bestimmt ist, ein Interimistikum zwischen den Ehegatten zu schaffen, so ist doch nach der allgemeinen Fassung des § 627 eine gleichzeitige Berücksichtigung des Wohles der Kinder nicht ausgeschlossen. In dieser Beziehung ist keine Abweichung vom bisherigen Rechte geschaffen. Allein dadurch ist der Vormundschaftsrichter während des Scheidungsprozesses keineswegs gänzlich ausgeschaltet. Die Stellung dieses Richters, für den ausschließlich das Wohl des Kindes maßgebend ist, wenn auch begrenzt durch die Schranken, welche ihm § 1666 BGB. zieht, ist freier als die des Prozeßrichters, indem er nicht auf das Vorbringen der Eltern beschränkt ist, sondern von Amts wegen Ermittelungen anstellt und andererseits in der Wahl seiner Anordnungen bezüglich der Unterbringung des Kindes unbeschränkt ist. Daraus folgt, daß, wenn sich ein Einschreiten auf Grund des § 1666 als notwendig ergibt, dann die im Interimistikum erlassene Bestimmung des Prozeßrichters über die Zuweisung des Kindes an einen der Ehegatten nicht im Wege steht.

V. Verhältnis zu §§ 936—940 ZPO. (JDR. **1** Ziff. 1 zu § 627).

1. OLG. Jena, Buschs 3 **31** 104: In der Streitfrage, ob der Erlaß einer einstweiligen Verfügung an die Voraussetzungen des § 940 geknüpft sei, schließt sich das Gericht der verneinenden Ansicht an. Durch die Vorschrift im § 627 ZPO. sollte für einstweilige Verfügungen in Ehesachen, welche die Scheidung, Nichtigkeit oder Anfechtung der Ehe zum Gegenstande haben, eine Spezialbestimmung getroffen werden gegenüber den allgemeinen Bestimmungen, welche die §§ 936—940 ZPO. über die auch für die genannten Ehesachen an sich zulässigen Provisorien enthielten. Abs. 1 gibt nun dem Gerichte die Befugnis, auf Antrag eines Ehegatten in solchen Ehesachen durch einstweilige Verfügung für die Dauer des Rechtsstreits das Getrenntleben der Ehegatten zu gestatten, die Unterhaltspflicht zu regeln und Sorge für die Kinder zu treffen. Eine solche einstweilige Verfügung ist aber nach Abs. 2 erst zulässig, wenn mündlicher Verhandlungstermin oder Sühnetermin bestimmt oder Widerklage auf Scheidung bzw. Anfechtung erhoben ist. Würde man nun den Erlaß einstweiliger Verfügungen dieser Art auch noch von den sachlichen Voraussetzungen des § 940 ZPO. abhängig machen, so hätte das zur Folge, daß in den erwähnten Ehesachen auch beim Vorliegen der sachlichen Voraussetzungen des § 940 ZPO. vor Bestimmung des Verhandlungs- oder Sühnetermins eine solche einstweilige Verfügung überhaupt unzulässig wäre, daß also deren Erlaß insoweit für die erwähnten Ehesachen eingeschränkt wäre. Denn einstweilige Verfügungen sind an sich zulässig, auch bevor die Hauptsache anhängig geworden ist, und es hätte daher die Bestimmung jenes Zeitpunkts im § 627 Abs. 2 ZPO. für alle Fälle der letztgedachten Art entweder gar keinen Zweck oder aber nur die einschränkende Wirkung, von der oben gesprochen worden ist. Ein gesetzgeberischer Grund für eine solche Einschränkung ist aber nicht erkennbar. Hätte die Novelle zur ZPO. den Erlaß einer einstweiligen Verfügung für die genannten Ehesachen den allgemeinen Voraussetzungen der Provisorien § 940 ZPO. unterstellen wollen, so hätte es einer besonderen Bestimmung in dem Abschnitt über das Verfahren in Ehesachen gar nicht bedurft. Nur wenn man mit Gaupp-Stein den Abs. 1 dahin auffaßt, daß als einzige

Voraussetzung für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung in den genannten Ehesachen der Antrag eines Ehegatten vorgeschrieben sein sollte, gewinnt auch die Zeitbestimmung im Abs. 2 die richtige Bedeutung, daß nämlich erst von diesem Stadium an der bloße Antrag einer Partei dem Gerichte nach freiem Ermessen die Befugnis zu den in Abs. 1 bezeichneten Anordnungen geben sollte; vor diesem Stadium dagegen soll eine Partei genötigt sein, wenn sie eine einstweilige Verfügung erwirken will, die Voraussetzungen des § 940 ZPO. glaubhaft zu machen.

2. OLG. Stuttgart, WürttJ. **16** 214: § 627 ZPO. schließt die Erlassung von einstweiligen Verfügungen anderen als des im § 627 bezeichneten Inhalts auf Grund des § 940 ZPO. nicht aus.

§ 629. OLG. **7** 75 (Kiel): Die allein dem präsumtiven Vater zustehende Anfechtungsklage ist ein anderer Rechtsbehelf als die seinen Erben unter Umständen zustehende Geltendmachung der Unehelichkeit im Wege der Feststellungsklage. Diese können daher den Rechtsstreit nicht gemäß § 239 aufnehmen, sondern nur nach § 629 verfahren.

Anhang zum 1. Abschnitt.

Berufung in Ehesachen.

1. OLG. Braunschweig, BraunschZ. **50** 35: § 614 ZPO. gilt auch in der Berufungsinstanz.

2. HansOLG., HansGerZ. **03** Beibl. 73: Der Anspruch auf Ehescheidung kann noch in der zweiten Instanz erhoben werden, wenn in der ersten Instanz nur auf Herstellung des ehelichen Lebens geklagt war. (Vgl. JDR. **1** § 614 Nr. 2—4). A. M. Struckmann-Koch § 614 Anm. 1 und OLG. Stuttgart, SeuffA. **41** Nr. 152.

3. OLG. Braunschweig, BraunschZ. **50** 34: Ist nur der Schuldausspruch und die Kostenentscheidung angegriffen, so ist die Rechtskraft des ganzen Urteils gehemmt. Der Berufungsantrag kann nachträglich erweitert werden. Ebenso **RG.** JW. **97** 530, Gaupp-Stein II 396 u. a.

4. OLG. Rostock, MecklZ. **23** 23: Die mit dem Antrage auf Verurteilung des Ehemanns zur Wiederherstellung des ehelichen Lebens durchgedrungene Ehefrau kann nicht Berufung einlegen mit dem Antrage auf Scheidung wegen böslicher Verlassung. Denn die Berufung setzt begrifflich eine Beschwerde voraus. Ebenso Gaupp-Stein § 511 Anm. IIa, Petersen-Anger § 511 Anm. 3. Dagegen Reincke § 614 Anm. 3.

5. KG., KGBl. **03** 100: Ist die Ehescheidungsklage abgewiesen, auf die Widerklage jedoch die Ehe geschieden und der Kläger für schuldig erklärt worden, so kann er gegen das ergangene Urteil nicht lediglich zu dem Zwecke Berufung einlegen, daß auch der andere Ehegatte für schuldig erklärt werde.

6. **RG.** BadRpr. **03** 223: § 616 ZPO. macht im allgemeinen keine Ausnahme von der Regel, daß der Partei gegen ein sie nicht beschwerendes (nach ihrem Antrage) ergangenes Urteil die Berufung nicht zusteht.

Zweiter Abschnitt. Verfahren in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kinder zum Gegenstande haben.

§§ 640 ff. I. Anwendbarkeit.

1. HansOLG., HansGerZ. **03** Beibl. 276, OLG. **7** 417: Wenn Kinder gegen ihre Mutter auf Feststellung klagen, daß sie nicht als eheliche Kinder von deren Ehemann, sondern als uneheliche von einem Dritten erzeugt seien,

so liegt ein Streit um die Feststellung eines Eltern- oder Kindesverhältnisses im Sinne der §§ 640 ff. vor.

2. **RG.** HessRspr. **4** 137, Puchelts Z. **34** 520: Auf einen als Feststellungsklage nach § 256 ZPO. anzusehenden Rechtsstreit des unehelichen Kindes mit den Erben der Mutter wegen Anerkennung des Kindesverhältnisses finden die §§ 640 ff. — insbesondere § 640 Abs. 2 — keine Anwendung.

3. Über die Zuständigkeit bei der Klage auf Feststellung eines Eltern- und Kindesverhältnisses gegen den natürlichen Vater, der hinterher die außereheliche Mutter geheiratet hat, s. o. Ziff. 1 zu § 23 GVG.

4. OLG. **7** 75 (Kiel): Der Ansicht von Habicht kann nicht beigetreten werden, daß die neuen §§ 640, 641 unbedingt anwendbar seien, auch wenn es sich um Anfechtung der Ehelichkeit eines vor 1900 geborenen Kindes handelt. Auf Rechtsverhältnisse, welche nach altem Rechte zu beurteilen sind, können vielmehr solche Bestimmungen eines Prozeßgesetzes nicht Anwendung finden, die an das neue Recht anknüpfen.

II. Aussetzung und Unterbrechung des Verfahrens.

OLG. **7** 75 (Kiel): Stirbt der Ehemann nach Erhebung der Anfechtungsklage, so tritt keine Unterbrechung des Rechtsstreits nach § 239 ein, sondern der Rechtsstreit ist in der Hauptsache als erledigt anzusehen.

§ 644. *Natter, AzivPr. **95** 123: Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft kann — trotz § 644 — überhaupt nicht geklagt werden, vielmehr lediglich auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens derjenigen Rechtswirkungen, die sich teils unmittelbar an die „uneheliche Vaterschaft" anknüpfen (Alimentationsverbindlichkeiten §§ 1708 ff. BGB., Ehehindernis § 1310 Abs. 3 BGB.), teils aus ihr möglicherweise sich entwickeln (Legitimation durch nachfolgende Ehe oder durch Ehelichkeitserklärung). Dies aus dem Grunde, weil diese einzelnen Rechtsbeziehungen nicht aus einem einheitlichen Rechtsverhältnisse der „unehelichen Vaterschaft" entspringen, sondern auf unter sich verschiedenen Tatbeständen beruhen: §§ 1310 Abs. 3, 1719 BGB. setzen mehr als die Möglichkeit der unehelichen Vaterschaft nicht voraus, §§ 1708 ff. erfordern Gewißheit der unehelichen Vaterschaft, über welche auf Grund der Rechtsvermutungen des § 1717 entschieden wird. § 644 ZPO. ist hiernach gegenstandslos. Die bestrittene Frage, ob das Amtsgericht oder das Landgericht für die Feststellungsklage des § 644 ZPO. sachlich zuständig ist, kann deshalb auf sich beruhen.

Dritter Abschnitt. Verfahren in Entmündigungssachen.

Vorbemerkung: Von besonderer Bedeutung für die Praxis dürften die bei den §§ 664, 675 und 679 abgedruckten Entscheidungen über die Stellung des zu Entmündigenden im Entmündigungsverfahren sein.

§ 645. Über Geistesschwäche als Entmündigungsgrund vgl. DJZ. **04** 1058 f.

§ 650. 1. *Singhof, BadRpr. **03** 108: Unter Berufung auf eine nicht näher angegebene RG.Entscheidung: Die Überweisung der Verhandlung und Entscheidung an das Gericht des Aufenthaltsorts hat nicht regelmäßig schon aus dem Grunde zu erfolgen, weil durch dieses die Vernehmung nach § 654 ZPO. erfolgte. Sie ist vielmehr nur dann zulässig, wenn die Vernehmung für die Entmündigung ausschlaggebend ist.

2. BayObLG., SeuffA. **59** 84: Die Zulässigkeit der Überweisung hängt keineswegs nur von Verhältnissen familiärer und ähnlicher Art, sondern vor-

wiegend davon ab, ob eine persönliche Vernehmung des zu Entmündigenden durch den überweisenden Richter tunlich bzw. erforderlich ist.

3. BayObLG. **4** 1047: Ist die persönliche Vernehmung des zu Entmündigenden nicht ausführbar, so ist die Überweisung nicht erforderlich.

§ 653. 1. Freudenthal, R. **04** 572: Der zu Entmündigende ist schon bei Einleitung des Verfahrens, spätestens aber bei der Ladung zu seiner Vernehmung (§ 654) über das ihm durch § 653 Satz 2 gewährte Recht zu belehren, damit er seine zur Widerlegung des Entmündigungsantrags dienenden Beweise schon von der Einleitung des Verfahrens an sammeln und sie dem Gerichte so zeitig unterbreiten kann, daß, wenn sie durchschlagend sind, schon auf diese hin und vor der Aufnahme anderer Beweise der Entmündigungsantrag ablehnend beschieden werden kann.

2. OLG. Dresden, SächsOLG. **25** 474, SeuffA. **59** 421: Das Entmündigungsverfahren wird nur auf Antrag eingeleitet und ist aufzuheben, wenn der Antrag zurückgenommen wird; das Verfahren selbst ist aber kein Parteiverfahren, sondern wird in der Weise vom Gerichte durchgeführt, daß dieses dabei in keiner Weise an die gestellten Ermittelungs- und Beweisanträge gebunden ist, vielmehr die von dem Antragsteller angegebenen Tatsachen und Beweismittel nur bei der ihm von Amts wegen obliegenden Veranstaltung der erforderlichen Ermittelungen zu „benutzen" hat. Die Folge ist, daß der Antragsteller kein besonderes Rechtsmittel gegen die einzelnen Verfügungen des Gerichts hat, sondern daß ihm lediglich die Beschwerde gegen den Beschluß zusteht, durch welchen die Entmündigung abgelehnt wird (ZPO. § 663). Mit der Beschwerde gegen einen solchen Beschluß kann der Antragsteller insbesondere auch geltend machen, daß behufs ordnungsmäßiger Erledigung der Angelegenheit noch weitere Ermittelungen anzustellen und noch andere Beweise zu erheben gewesen seien; vorher aber ist in dieser Beziehung eine Beschwerde nicht gegeben.

§ 654. 1. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 19: Die Vernehmung kann auch durch einen beauftragten Richter erfolgen.

2. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 642: Der nach § 654 zugezogene Sachverständige kann auch mit der Erstattung des nach § 655 erforderlichen Gutachtens betraut werden.

§ 655. 1. S. o. § 654 Nr. 2.

2. **RG.** JW. **04** 209: Das nach § 655 ZPO. erforderliche Gutachten braucht nicht von demselben Sachverständigen erfordert zu werden, der bei der persönlichen Vernehmung des zu Entmündigenden nach § 654 ZPO. zugezogen worden war.

3. Levis R. **03** 13: Entgegen der Ministerialverfügung vom 1. Oktober 1902 ist regelmäßig nicht der Gerichtsarzt, sondern ein Spezialarzt zuzuziehen. Die Geisteszustands-Untersuchung im Entmündigungsverfahren bietet an sich die im § 404 Abs. 2 ZPO. geforderte Besonderheit. Der Urheber des § 404 hat sich bei der Kommissionsberatung (vgl. Hahn, Mat. (2) 637) ganz allgemein dahin geäußert, daß, wenn am Orte, wo der Gerichtsarzt seinen Sitz hat, ein besser geeigneter Spezialist sich befinde, dieser als Sachverständiger zu wählen sei.

§ 663. OLG. Darmstadt, HessRspr. **4** 94: Stellt sich in einem Verfahren zur Aufhebung einer wegen Geisteskrankheit erfolgten Entmündigung heraus, daß nicht mehr Geisteskrankheit, sondern Geistesschwäche vorliege, so ist der Entmündigungsbeschluß nicht schlechthin aufzuheben, sondern die Entmündigung wegen Geisteskrankheit in eine solche wegen Geistesschwäche umzuwandeln. (Gegen Struckmann-Koch § 675 Note 4 und Petersen-Anger Vorbem. III Abschn. 3 zu § 645.)

§ 664. 1. OLG. **7** 126, HansGerZ. **03** Beibl. 232 (Hamburg): Aus der Ausnahmebestimmung des § 664 kann nicht gefolgert werden, daß der zu Entmündigende, wenn er unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist, gleichwohl innerhalb des Entmündungsverfahrens zu allen prozessualen Handlungen, insonderheit zur Einlegung von Rechtsmitteln befähigt sei. Nur insoweit steht ihm trotz der im übrigen ihm fehlenden Prozeßfähigkeit ein selbständiges Klagerecht zu, als er den Entmündigungsbeschluß selbst anfechten kann.

2. OLG. Köln, RheinA. **03** I 216: Der Anfechtungsprozeß kann von den Erben des Entmündigten (nur) hinsichtlich der Kostenentscheidung aufgenommen und durchgeführt werden.

3. BayObLG., R. **04** 48: Für die Anfechtungsklage bleibt der Entmündigte prozeßfähig. Die durch das Anfechtungsverfahren entstandenen Kosten treffen sein Vermögen.

§ 666. **RG.** ElsLothrJZ. **29** 439: Hat der Ehemann seine Ehefrau zur Stellung des Antrags auf Entmündigung eines ihrer Verwandten ermächtigt, so ist der Ehemann nicht zur mündlichen Verhandlung im Anfechtungsprozesse zu laden. Die gleichwohl gegen ihn miterhobene Klage ist als unzulässig abzuweisen, selbst wenn er Anträge im eigenen Namen gestellt hat.

§§ 667 ff. **RG.** **57** 330, JW. **04** 262: Die für das Anfechtungsverfahren im Entmündigungsprozesse durch die §§ 667 ff. gegebenen besonderen Vorschriften umfassen nach ihrem Inhalte nicht bloß die erste, sondern auch die Berufungsinstanz.

§ 668. HansOLG., HansGerZ. **03** Beibl. 321: Der dem Entmündigten beigeordnete Rechtsanwalt ist nicht der gesetzliche, sondern der Prozeß-Vertreter des Entmündigten.

§ 669. **RG.** ElsLothrJZ. **29** 438: Die Verwertung der Aussagen der im Entmündigungsverfahren vernommenen Zeugen im Anfechtungsprozesse ist statthaft, auch wenn diese Zeugen in diesem Prozesse Streitgenossen einer Hauptpartei sind.

§ 671. Abs. 1.

1. **RG.** **57** 330, JW. **04** 262: Die Bestimmung zielt darauf ab, für die Ermittelung des Geisteszustandes in der persönlichen Vernehmung des zu Entmündigenden unter Zuziehung eines Sachverständigen möglichst sichere und zweifelsfreie Grundlagen zu bieten. Sie wird bedeutsam für den Tatrichter der Berufungsinstanz, welcher daher gleichfalls den zu Entmündigenden unter Zuziehung eines Sachverständigen hören muß.

2. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 997: Das im § 671 Abs. 2 ZPO. nachgelassene Abstandnehmen von der Vernehmung Sachverständiger bezieht sich keineswegs auf die nach § 654 Abs. 1 ZPO. erfolgende Vernehmung des zu Entmündigenden.

§ 675. 1. OLG. **8** 326 (Hamburg): § 675 gibt zwar auch dem geschäftsunfähigen Entmündigten ein Recht zu dem Antrage auf Wiederaufhebung der Entmündigung und demgemäß auch ein persönliches Beschwerderecht nach § 567 ZPO. gegen den abweisenden Beschluß des Amtsgerichts. Nicht jedoch gibt ihm der angezogene Paragraph das Recht, gegen Verfügungen des Vormundschaftsrichters für seine Person Beschwerde einzulegen.

2. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 997: Ist der die Aufhebung der Entmündigung wegen Geisteskrankheit begehrende Kläger als geistesschwach anzusehen, so ist nicht die Entmündigung wegen Geisteskrankheit aufzuheben, sondern zu erkennen, daß die Entmündigung wegen Geistesschwäche aufrechtzuerhalten sei.

3. SächsOLG. **25** 463: Bei Antrag auf Erteilung des Armenrechts zum Zwecke der Erhebung der Aufhebungsklage darf das Gericht auf diesen Antrag nicht sachlich entscheiden, sondern muß ihn als unzulässig verwerfen.

4. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 1147: Der Entmündigte ist befugt, behufs Anstellung der Klage auf Aufhebung der Entmündigung persönlich Anträge wegen Beiordnung eines Rechtsanwalts zu stellen. Auch wegen der Art der gerichtlichen Erledigung seines Beiordnungsgesuchs kann er selbst im Beschwerdewege vorgehen. Darüber reicht seine persönliche Antragsfähigkeit aber nicht hinaus. Seine zum Wiederaufhebungsverfahren abgegebenen Erklärungen sind daher unbeachtlich.

§ 681. OLG. Cöln, RheinA. **03** I 217: Die Entscheidung im Anfechtungsprozesse ist auch für die Kosten im Beschlußverfahren maßgebend.

§ 684. 1. OLG. Dresden, SeuffA. **58** 124: Die Anfechtungsklage gegen einen Entmündigungsbeschluß kann nicht auf eine Besserung nach der Entmündigung gestützt werden. Die eingetretene Besserung der Lebensweise würde wohl den Antrag der Klage auf Wiederaufhebung der Entmündigung nach § 689 rechtfertigen, nicht aber die Erhebung einer Anfechtungsklage, da diese den Entmündigungsbeschluß als von vornherein unbegründet angreift und das zu ihrer Entscheidung berufene Gericht deshalb lediglich darüber zu befinden hat, ob die Entmündigung zur Zeit ihrer Ausspreсhung gerechtfertigt war, nicht aber darüber, ob dies auch bei Erlassung des Urteils noch der Fall ist.

2. SächsOLG. **25** 384: Der Ausspruch in einem Urteile des Berufungsgerichts, in welchem der amtsgerichtliche Entmündigungsbeschluß auf Anfechtungsklage des Entmündigten aufgehoben wird, daß die beklagte Ortsgemeinde die Kosten des ersten Rechtsganges zu tragen habe, umfaßt die Verurteilung der Beklagten zu den Kosten des vorausgegangenen amtsgerichtlichen Entmündigungsverfahrens, weil diese als zu den Kosten des Anfechtungsprozesses gehörig anzusehen sind.

3. S. o. § 664 Bem. 3.

Siebentes Buch. Mahnverfahren.

§ 688. I. Geltendmachung gerichtlich überwiesener Forderungen.

1. Heuer, R. **03** 233, hält die Geltendmachung einer dem Gläubiger gerichtlich überwiesenen Forderung im Mahnverfahren für unzulässig, da dem Gläubiger durch § 841 ZPO. die Pflicht zur Streitverkündung an den Schuldner auferlegt, eine Streitverkündung im Mahnverfahren aber unzulässig ist. — Dagegen:

2. Engelmann a. a. O. 336: Die Streitverkündung braucht erst bei der Ladung nach erhobenem Widerspruch zu geschehen, denn erst durch diese Ladung wird die Forderung im Sinne des § 841 „eingeklagt". — Der Prozeßrichter hat im Mahnverfahren die Befolgung des § 841 ZPO. ebensowenig zu prüfen wie bei Erhebung der Klage. — Die Streitverkündung ist erst erforderlich, nachdem der Drittschuldner die Forderung bestritten hat.

II. Geltendmachung abgetretener Forderungen.

RG. JW. **04** 147: Das Recht des debitor cessus nur gegen Herausgabe der Abtretungsurkunde leisten zu brauchen, macht seine Schuld nicht zu einer Leistung Zug um Zug im Sinne der §§ 373, 374 BGB. Vielmehr ist von einem selbständigen Anspruche des Schuldners gegen den Zessionar auf Herausgabe der Urkunde überhaupt nicht die Rede.

§ 693. LG. Graudenz, PosMschr. **03** 144: Der Schuldner kann den Gläubiger, der den Antrag auf Erlaß eines Zahlungsbefehls nach Erhebung des Widerspruchs zurückgenommen hat, vor das Gericht laden und gegen ihn ein Kostenurteil erwirken.

§ 696. 1. Geiershöfer, R. **03** 309: Die Erhebung des Widerspruchs bildet keine Prozeßvoraussetzung des dem Mahnverfahren folgenden ordentlichen Verfahrens vor dem Amtsgerichte, sondern nur die Einrede der Rechtshängigkeit, die von Amts wegen nicht berücksichtigt werden darf.

2. LG. Dresden, SächsA. **13** 599: Das Mahnverfahren kann nicht in den Urkunden- und Wechselprozeß übergeleitet werden.

§ 697. RG. **58** 98: Wenn wegen eines zur landgerichtlichen Zuständigkeit gehörigen Anspruchs ein Zahlungsbefehl erlassen ist, hierauf der Mahnkläger, nachdem vorher Widerspruch erhoben war, den Anspruch abtritt und der Zessionar innerhalb der Frist des § 697 eine zur Fortsetzung des Mahnverfahrens bestimmte Klage erhebt, so kann der Beklagte dem Eintritte des Zessionars in den Prozeß gemäß § 265 ZPO. widersprechen.

§ 698. 1. OLG. Colmar, R. **03** 159: Die Zurücknahme eines Zahlungsbefehls hebt die Wirkungen der Rechtshängigkeit auf und verpflichtet den Gläubiger zur Tragung der Kosten.

2. LG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 42: Die Kosten des Mahnverfahrens sind auch dann als Kosten des Rechtsstreits anzusehen, wenn der Antragsteller auf erhobenen Widerspruch nicht bloß zur mündlichen Verhandlung geladen, sondern eine neue Klage angestrengt hat, in der das vorangegangene Mahnverfahren nicht erwähnt wurde.

3. LG. Dresden, SächsA. **13** 599: Die Kosten des Mahnverfahrens sind bei der Festsetzung der Kosten des Hauptprozesses auch dann zu berücksichtigen, wenn der Kläger bei der Klagerhebung auf das Mahnverfahren nicht Bezug genommen hat.

4. OLG. Oldenburg, DJZ. **03** 156: Die vom Kläger bezahlten Kosten des Zahlungsbefehls, welche als ein Teil der Kosten des entstehenden Rechtsstreits anzusehen und auf die Gebühr desselben anzurechnen sind, können auf den festen Satz des nach § 81 GKG. zu zahlenden Gebührenvorschusses nicht angerechnet werden, sondern nur auf den gesamten Betrag der erwachsenen Gerichtskosten.

§ 699. Haberling, R. **03** 124: Die Frage, ob Kosten, deren Aufnahme im Zahlungsbefehle übersehen wurde, noch bei Erwirkung des Vollstreckungsbefehls geltend gemacht werden können, ist zum mindesten für den Fall zu verneinen, daß die gesamte im Zahlungsbefehl angegebene Summe vor dem Antrage auf Vollstreckbarkeitserklärung bezahlt wurde.

§§ 702—707. HessRspr. **5** 167 („Schn."): Der schriftlich eingelegte Widerspruch gegen einen Zahlungsbefehl bedarf der Unterschrift nicht.

Achtes Buch. Zwangsvollstreckung.

Erster Abschnitt. Allgemeine Bestimmungen.

Vorbemerkung: Aus der Berichtsperiode sind Werke, welche das ganze achte Buch oder größere, in sich geschlossene Abschnitte desselben monographisch behandeln, nicht zu verzeichnen. Dagegen haben zahlreiche Einzelfragen eingehende wissenschaftliche Behandlung gefunden. Hervorgehoben seien hier die Abhandlungen zu § 739 über die Verurteilung des Ehemanns zur Duldung der Zwangsvollstreckung ins eingebrachte Gut der Ehefrau, sowie die Beiträge zur Frage der Pfändung der Eigentümerhypothek und der Ansprüche aus dem sogen. Möbelleihvertrage; vgl. zu § 857. Von den in erheblichem Maße in das materielle Recht übergreifenden Abhandlungen ist besonders zu erwähnen die in Gegensatz zur herrschenden Lehre tretende Erörterung von Oertmann über „die Bereicherungshaftung des Vollstreckungsgläubigers bei Pfändung fremder Sachen"; vgl. zu § 771. — Besonders reichhaltig ist die Judikatur zu den §§ 811 und 850.

Zu §§ 704 ff. Über das Wesen der Exekution im allgemeinen handelt Spiegel, ÖstAGZ. 03 139 ff., 151 ff.:

Das Wesen der Exekution liegt darin, daß der vollstreckende Staat mit dem Vermögen des Schuldners jene Disposition trifft, die auch der Schuldner hätte treffen sollen. Während die persönliche Exekution reine Vollstreckung ist, ist die Vermögensexekution Zwangsverwaltung schuldnerischer Vermögensteile.

Das Charakteristische jener Vermögensverwaltung liegt in dem Zwangsmomente. Das Zwangsmoment besteht nicht darin, daß dem Schuldner Gegenstände zwangsweise abgenommen werden — dies ist ja durchaus nicht immer der Fall —, sondern nur darin, daß dem Schuldner das Recht, mit seinem eigenen Vermögen zu disponieren, teilweise oder auch (im Konkursfalle) ganz entzogen wird. In der Ersetzung des Schuldners durch den Staat, in der Inanspruchnahme des Dispositionsrechts für den Staat liegt der Exekutionszwang. Daraus erklärt sich auch, daß die Exekution nicht wie das Urteil nur unter den Parteien, sondern gegen jedermann wirkt.

Zivilprozeß und Exekution sind durchaus verschiedene Vorgänge. Während der Zivilprozeß ein Kampf zweier Parteien ist, sind bei der Exekution Gläubiger und Schuldner daran interessiert, daß das schuldnerische Vermögen möglichst gut verwaltet wird. Diese Erkenntnis ist von ausschlaggebender Bedeutung für die Regelung des Exekutionsrechts. Die Geschichte der Exekution überhaupt und der Vermögensexekution insbesondere zeigt eine immer steigende Rücksichtnahme auf die Interessen des Schuldners. Es sind nicht ausschließlich sozialpolitische Gesichtspunkte, die hier in Betracht kommen. Das moderne Exekutionsrecht hat den pönalen Charakter durchaus abgestreift. Das Maß für den Eingriff in die Rechtssphäre des Schuldners wird heute im Exekutionszweck und nicht wie früher im Belieben des Gläubigers gesucht.

§ 705. 1. **RG. 54** 226; JW. **03** 181; R. **03** 364: Sobald gegen ein Urteil ein Rechtsmittel eingelegt ist, wird dadurch — wegen der Möglichkeit späterer Erweiterung der gestellten Anträge, sowie wegen der Möglichkeit der späteren Anschließung des Gegners — der Eintritt der Rechtskraft für den ganzen Umfang des Urteils gehemmt. Bevor nicht das ganze Urteil rechtskräftig geworden ist, darf deshalb auch für den durch die gestellten oder angekündigten Rechtsmittelanträge nicht berührten Teil der Entscheidung das Zeugnis der Rechtskraft nicht erteilt werden. Vgl. Gaupp-Stein (4) Bem. I 1b zu § 705; Petersen-Anger (4) Bem. 3 zu § 705.

2. Marwitz, DJZ. **03** 26: Bis zur Erteilung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist die Frage, ob die Notfrist versäumt ist oder nicht, ohne Rücksicht auf den Antrag und die verspätete Einlegung des Rechtsmittels oder des Einspruchs zu beantworten. (Ebenso Gaupp-Stein, ZPO. § 706 III; Petersen-Anger, ZPO. § 705 Anm. 1.)

Die Wiedereinsetzung muß durch eine besondere Entscheidung des Gerichts ausgesprochen werden und zwar durch ein Endurteil, welches auf den Einspruch oder das Rechtsmittel hin über die Sache selbst entscheidet, oder durch ein Zwischenurteil gemäß § 303 ZPO., welches die Zulässigkeit des Rechtsmittels oder des Einspruchs erklärt; ein sonstiger Beschluß des Gerichts, z. B. ein in der Sache selbst ergangener Beweisbeschluß, aus dem unzweideutig erhellt, daß das Gericht den Anspruch auf Wiedereinsetzung für begründet erachtet, genügt nicht.

Will der Schuldner, der den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestellt hat, sich bis zum Erlasse des Urteils über das verspätet eingelegte Rechtsmittel oder den verspäteten Einspruch gegen die Folgen der Erteilung des Rechtskraftszeugnisses schützen, so muß er, wenn es sich um eine Zwangsvoll-

streckung im engeren Sinne handelt, gemäß § 707 die Einstellung der Zwangsvollstreckung beantragen. Handelt es sich um die sonstigen Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils, so muß der Verurteilte eine einstweilige Verfügung erwirken, durch welche die Erteilung des Rechtskraftszeugnisses ausgesetzt wird.

§ 706. 1. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 1184; R. **03** 107: Dadurch, daß nach § 706 Abs. 1 das Rechtskraftszeugnis „auf Grund der Prozeßakten" zu erteilen ist, wird nicht ausgeschlossen, daß der Gerichtsschreiber von der das Zeugnis begehrenden Partei die Vorlegung der für den Nachweis des Ablaufs einer Rechtsmittelfrist erforderlichen Urkunden verlangen darf.

2. OLG. Breslau, R. **03** 364: Der Gerichtsschreiber muß selbständig prüfen, ob mangels rechtzeitiger Einlegung des Einspruchs die Rechtskraft eingetreten ist. Er darf nicht, wenn eine Einspruchsschrift verspätet eingegangen ist, die Erteilung des Rechtskraftattestes deshalb ablehnen, weil nach § 341 über die Zulässigkeit des Einspruchs das Gericht zu entscheiden habe.

3. Die Frage, ob der Gerichtsschreiber in Sachen, die nach §§ 546, 547 offenbar nicht revisibel sind, vor Ablauf der Revisionsfrist das Rechtskraftattest erteilen könne, ist bejaht vom LG. Halle, NaumbAK. **04** 45. A. M. Gaupp-Stein (4/5) 346; Petersen-Anger (4) § 705 Anm. 2a, § 706 Anm. 3b; Seuffert (8) § 705 Anm. 1c, welcher bemerkt: Träfe die Ansicht des LG. zu, so hätte der neue § 711 gar keinen Sinn.

§ 707. 1. **RG. 54** 303; JW. **03** 181; R. **03** 364: Die Bestimmungen des § 707 sind entsprechend anwendbar, wenn nach Rechtskraft eines Vorbehaltsurteils, das im Wechselprozeß auf Grund eines vom Kläger geleisteten Eides ergangen ist, das Nachverfahren betrieben wird und der Beklagte glaubhaft macht, daß der Kläger sich durch die Leistung des Eides einer vorsätzlichen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht habe.

2. **RG.** JW. **03** 374: Beschwerde gegen den Beschluß aus § 707 Abs. 2 ist jedoch zulässig, wenn entweder gerügt wird, daß die Anwendbarkeit des § 707 zu Unrecht verneint sei, oder daß der § 707 zu Unrecht angewendet sei. Vgl. JDR. **1** zu § 707 Nr. 7a; vgl. dagegen unten zu § 718 Abs. 3.

3. BayObLG. **5** 49: Unzulässig ist die Anfechtung des Beschlusses jedenfalls dann, wenn das Gericht die gesetzlichen Voraussetzungen für vorliegend erachtete, und der Beschwerdeführer nur gegen die Würdigung der einzelnen Tatsachen und gegen die Ausübung des richterlichen Ermessens ankämpft.

4. **RG.** JW. **03** 101; R. **03** 239: Die Beschlüsse gemäß §§ 707, 719 sind Entscheidungen im Zwangsvollstreckungsverfahren, daher — soweit dies überhaupt zulässig ist — nur mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar (§ 793).

§ 708. Nr. 2. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 280: Ein Läuterungsurteil ist nur dann für vorläufig vollstreckbar zu erklären, wenn es den Eintritt der in dem bedingten Endurteil bestimmt ausgedrückten Folgen ausspricht, nicht dagegen, wenn es eine in dem bedingten Endurteil — z. B. für den Fall teilweiser Eidesleistung — vorbehaltene Entscheidung gibt.

§ 710. 1. OLG. **9** 111 (Hamburg), HansGerZ. **04** Beibl. 218, NaumbAK. **04** 71: Ein Urteil kann nur gegen Hinterlegung der vollen Sicherheit, nicht auch des jeweilig beizutreibenden Betrages für vorläufig vollstreckbar erklärt werden.

2. OLG. Dresden, SeuffA. **59** 142: Die Verzinslichkeit öffentlich hinterlegter Gelder richtet sich nach Landesrecht.

§ 711. 1. Über die JDR. **1** § 711 Nr. 3 behandelte Frage, welche Bedeutung dem § 711 zukommt, wenn das OLG. die Berufung gegen das

verurteilende Erkenntnis erster Instanz zurückweist, verhalten sich folgende zwei Urteile:

a) **RG.** JW. **03** 374, R. **03** 529, 555, NaumbAK. **03** 84: Wird ein die Berufung des Beklagten zurückweisendes Urteil des OLG. gemäß § 711 für vorläufig vollstreckbar erklärt, so erstreckt sich die vorläufige Vollstreckbarkeit ohne weiteres auf das den Beklagten verurteilende landgerichtliche Erkenntnis.

b) OLG. Breslau, R. **03** 22: Zweck des § 711 ist, eine Verzögerung der Vollstreckung durch offenbar nutzlose Revision zu hindern; es ist deshalb auch das verurteilende Erkenntnis erster Instanz auf Antrag in dem die Berufung zurückweisenden Urteile zweiter Instanz für vollstreckbar zu erklären.

2. OLG. Jena, R. **04** 21: Die Vorschrift bezieht sich nicht auf Versäumnisurteile, da bei diesen die Frage nach den Voraussetzungen von §§ 546, 547 nicht entstehen kann. Ebenso OLG. Breslau, R. **03** 506. Vgl. JDR. **1** § 711 Nr. 1, 2.

§ 713. Literatur: Neumann-Magdeburg, Der Urteilstenor hinsichtlich des Nachlasses der Abwendung der Zwangsvollstreckung bei der Verurteilung von Gesamtschuldnern. ThürBl. **51** 209.

Abs. 2. *Neumann-Magdeburg a. a. O.: Soll den als Gesamtschuldneen Verurteilten nachgelassen werden, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung abzuwenden, so ist bei einem reinen Solidarverhältnis jedem einzelnen Schuldner nachzulassen, die ihm drohende Zwangsvollstreckung durch eine von ihm zu leistende Sicherheit abwenden zu können; ein Sicherheitsnachlaß zu gesamter Hand („den Beklagten wird, nachgelassen, ... von sich abzuwenden") verschiebt unzulässig den Rechtsanspruch des einzelnen Mitschuldners an die Sicherheit, weil ihre Unteilbarkeit mit den möglichen verschiedenen Schicksalen der einzelnen Solidarschuldnerverpflichtungen (§ 109 ZPO.) in Konflikt kommt.

§ 714. 1. OLG. Jena, ThürBl. **50** 205, R. **03** 485: Dem Antrage, ein Versäumnisurteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, ist nur stattzugeben, wenn der Antrag rechtzeitig durch Schriftsatz angekündigt ist.

2. **RG. 54** 99, JW. **03** 289, R. **03** 529: Ist in erster Instanz nicht beantragt, das erste Urteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, so ist es — abgesehen von dem Falle des § 534 ZPO. — unzulässig, daß in der Berufungsinstanz das Urteil erster Instanz vorab für vorläufig vollstreckbar erklärt wird.

§ 715. Literatur: Radlauer, Über den Wegfall der Veranlassung zur Sicherheitsleistung. Buschs Z. **31** 471.

1. Radlauer erörtert die einzelnen Fälle, in denen Rückgabe der Sicherheit verlangt werden kann.

2. OLG. **7** 309 (KG.): Die Prozeßvollmacht ermächtigt den Anwalt nicht zur Empfangnahme des zur Herbeiführung der Zwangsvollstreckung hinterlegten, wieder frei gewordenen Betrages. Weder dadurch, daß der Anwalt in dem Annahmegesuche (Spalte 1 des durch § 13 der Pr. Allg. Verf. vom 23. 12. 99 empfohlenen Formulars) zum Ausdrucke gebracht hat, daß er „als Prozeßvertreter" hinterlege, noch dadurch, daß er selbst sich in dem Annahmegesuche (Spalte 4) als Empfangsberechtigter bezeichnet hat, wird seine Legitimation begründet.

3. Die Frage, ob der prozeßbevollmächtigte Anwalt für den nach § 715 gestellten Antrag auf Rückgabe einer Sicherheit die besondere Gebühr des § 24 RAGebO. beanspruchen kann — s. JDR. **1** § 715 Nr. 3 —, ist verneint vom KG., KGBl. **04** 47; OLG. Jena, Posen (IV. Senat), Karlsruhe, Hamburg, R. **03**

294, 366, 458, 531; OLG. **7** 226 ff., DJZ. **04** 1000, PosMschr. **03** 96, BadRpr. **03** 151, HansGerZ. **03** Beibl. 60, 266; Frankfurt, FrankfRundsch. **04** 59, 210; Cöln, RheinA. **04** I 55, Puchelts Z. **04** 46; Darmstadt, HessRspr. **4** 115. Bejaht: Posen (III. Senat), PosMschr. **03** 29; Rostock, OLG. **9** 170.

§ 716. 1. SächsOLG. **24** 77: Ist im Urteile erster Instanz der Antrag des Klägers, das Urteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, übergangen, und auch die im § 321 Abs. 2 bezeichnete Frist zur Beantragung der Ergänzung des Urteils verstrichen, so ist zwar eine Anfechtung der Unterlassung durch eine selbständige Berufung nicht möglich, der Gläubiger aber nicht gehindert, wenn die Sache anderweit, also aus anderen Gründen in die Rechtsmittelinstanz gelangt, die Vollstreckbarkeit auch des in der ersten Instanz erlassenen Urteils herbeizuführen. Die Sachlage ist nach § 718 so zu beurteilen, wie wenn der Kläger den Antrag in der Vorinstanz überhaupt noch nicht gestellt hätte.

2. OLG. Hamburg, R. **03** 46, HansGerZ. **02** Beibl. 288: Die Bestimmung des § 517 über den Lauf der Berufungsfrist findet auch auf die Fälle des § 716 Anwendung. Vgl. JDR. **1** § 717 Nr. 1.

§ 717. Literatur: Blanckmeister, Kann die Erstattung zu Unrecht gezahlter Prozeßkosten ohne Erhebung einer besonderen Klage erreicht werden? Gruchots Beitr. 48 758 ff.

Abs. 1. KG., KGBl. **04** 65: Das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil erster Instanz bildet selbst dann keine geeignete Grundlage für die Zwangsvollstreckung wieder, wenn es nach Abänderung durch bedingtes Endurteil durch das Läuterungsurteil in der Berufungsinstanz tatsächlich wiederhergestellt wird.

Abs. 2. 1. KG., KGBl. **04** 21: Der Schadensersatzanspruch aus vorläufiger Vollstreckung ist materiell-rechtlicher Natur; gegen ihn sind auch materielle Einreden zulässig.

2. BayObLG. **4** 17, SeuffA. **58** 205, SeuffBl. **04** 272, R. **03** 132, OLG. Rostock, R. **03** 484: Der Anspruch aus § 717 Abs. 2 ist kein Anspruch aus einer unerlaubten Handlung. Die Klage kann nicht im Gerichtsstande des § 32 ZPO. erhoben werden.

3. OLG. Köln, RheinA. **03** I 19: Auch im Urkunden- und Wechselprozeß kann der Schadensersatzanspruch aus § 717 geltend gemacht werden, er unterliegt aber nicht den Besonderheiten, insbesondere den Beweisbeschränkungen dieser Prozeßarten. Vgl. JDR. **1** § 717 Nr. 3a.

4. OLG. Jena, ThürBl. **51** 87: Die Vorschrift des Abs. 2 findet entsprechende Anwendung bezüglich der dem Schuldner durch die Vollstreckung eines vollstreckbaren Beschlusses entstandenen Vollstreckungskosten.

5. *Blanckmeister a. a. O. hält die Anwendung dieser Vorschrift auf Kostenfestsetzungsbeschlüsse im Interesse der leichteren Rückerlangung zuviel gezahlter Kosten in allen Fällen für wünschenswert und wenigstens in gewissen Fällen auch für zulässig, nämlich:

a) wenn die Kosten gezahlt sind auf Grund eines später abgeänderten oder aufgehobenen Urteils vor Verkündung des abändernden oder aufhebenden Urteils; in diesem Falle ist die Verurteilung zur Rückzahlung in der mündlichen Verhandlung zu beantragen;

b) wenn der Kostenfestsetzungsbeschluß selbst durch einen späteren Beschluß abgeändert oder aufgehoben wird oder die Kosten entsprechend dem § 107 ZPO. auf Grund einer anderen Festsetzung des Wertes des Streitgegenstandes auf Antrag herabgesetzt werden; in diesen Fällen ist die Anwendbarkeit des § 717 Abs. 2 ZPO. allerdings sehr bedenklich.

Für unzulässig hält dagegen auch Blanckmeister die Anwendbarkeit dieser Vorschrift in dem Falle, daß die Kosten erst nach Verkündung des abändernden

oder aufhebenden Urteils gezahlt worden sind. Der Kostenfestsetzungsbeschluß, auf Grund dessen sie gezahlt sind, bleibt auch nach Aufhebung oder Abänderung des ihm zugrunde liegenden Urteils formell bestehen und kann nicht lediglich durch einen neuen Kostenfestsetzungsbeschluß beseitigt werden.

6. OLG. **6** 411 (Marienwerder): Der § 717 Abs. 2 greift auch dann Platz, wenn das vorläufig vollstreckbare Urteil nur aus formellen Gründen aufgehoben wird. Das Gesetz bezeichnet als einzige Voraussetzung des Schadensanspruchs den Umstand, daß das Urteil aufgehoben oder abgeändert worden sei. Gegen eine Einschränkung auf die Aufhebung durch eine materiell über den Anspruch selbst erkennende Entscheidung spricht sonach schon der unzweideutige Wortlaut. Es sprechen aber auch innere Gründe gegen eine solche. Der Gesetzgeber bezweckte, ein Gegengewicht gegen das neu eingeführte Rechtsinstitut der vorläufigen Vollstreckbarkeit zu geben. Er wollte dem verurteilten Schuldner die Möglichkeit geben, auf möglichst schnelle und billige Weise die Erstattung des von ihm beigetriebenen Betrages zu erlangen, wenn jenes Urteil für unrichtig erkannt würde. Dieser Zweck würde schlecht erreicht sein bei einer Beschränkung auf materiell abändernde Urteile.

Nicht entscheidend ist auch, daß § 717 nur von Schadensersatz spricht und von einem solchen regelmäßig erst die Rede sein kann, wenn eine materiell abändernde Entscheidung vorliegt. Es würde eine Einschränkung der Rechte des Schuldners sein, wenn man verlangen wollte, daß der Schaden endgültig sein müßte.

Ebenso: OLG. Naumburg, SeuffA. **58** 203, R. **03** 267, NaumbAK. **03** 26, Gaupp-Stein, Neukamp zu § 717, Falkmann 58. Anders: Struckmann-Koch.

7. OLG. Karlsruhe und Rostock, R. **03** 160, 529, BadRpr. **03** 73, MecklZ. **22** 48: Die Entschädigungspflicht besteht nicht, wenn das vollstreckbare Urteil aus irgendeinem Grunde in der Sache selbst weder aufgehoben noch abgeändert wird, also wenn z. B. nur die Kostenentscheidung aufgehoben wird, in der Sache selbst aber eine Entscheidung nicht mehr ergeht.

8. OLG. **9** 39 (Colmar): Diese Bestimmungen begründen einen ausnahmsweisen Schadensersatz, der von dem nach den allgemeinen Vorschriften des BGB. erforderlichen Nachweis des Verschuldens befreit ist. Hieraus folgt, daß eine Ausdehnung auf andere, wenn auch verwandte, Fälle — z. B. in concreto eine widerrechtliche Pfändungsbenachrichtigung — nicht statthaft ist.

9. OLG. Braunschweig, R. **04** 142: Werden auf Grund vorläufig vollstreckbaren Urteils dem Schuldner nicht gehörige Pfandstücke versteigert, das Urteil aber demnächst aufgehoben, so kann der Eigentümer einen Schadensersatzanspruch aus § 717 nicht geltend machen. Der Gläubiger haftet auf Schadensersatz nur bei Verschulden.

§ 718. I. Abs. 1. 1. OLG. **7** 302 (KG.), R. **03** 364: Nach eingelegter Anschlußberufung ist eine Vorabentscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit zulässig, auch wenn in erster Instanz ein darauf gerichteter Antrag nicht gestellt war. Vgl. JDR. **1** § 718.

2. OLG. **7** 301 (Dresden), SächsA. **14** 267: Ist in erster Instanz der Antrag des Klägers, das Urteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, zurückgewiesen, weil weder der Kläger sich zu einer Sicherheitsleistung erboten hatte, noch eine besondere Gefährdung vorlag (§ 710), so kann, auch wenn sich der Kläger in der Berufungsinstanz zur Sicherheitsleistung erbietet, die Vollstreckbarkeitserklärung nicht durch Vorabentscheidung (§ 718) erfolgen, da das nachgebrachte Erbieten nach § 714 unbeachtlich ist. Das Berufungsgericht kann jedoch nach seinem Ermessen wegen der vorläufigen Vollstreckbarkeit ein Teilurteil

erlassen, wenn es den Rechtsstreit wegen der vorläufigen Vollstreckbarkeit für entscheidungsreif hält (§§ 301 Abs. 2, 523).

3. OLG. **6** 409 (Dresden), R. **03** 342: In der Berufungsinstanz darf die Höhe der Sicherheit, von deren Leistung die vorläufige Vollstreckbarkeit des ersten Urteils abhängig gemacht ist, wegen veränderter Umstände herabgesetzt werden.

II. Abs. 3. **RG.** JW. **04** 556: Jede Anfechtung der Entscheidung des Berufungsgerichts nach § 718 Abs. 3 ist ausgeschlossen. Eine Übertragung der vom RG. bezüglich der Fälle der §§ 707 Abs. 2 und 719 ausgesprochenen abweichenden Auffassung — vgl. **RG.** JW. **03** 374 oben zu § 707 Nr. 2 — ist nicht angängig.

§ 719. 1. OLG. Naumburg, NaumbAK. **04** 58: § 719 findet bei gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Urteilen keine Anwendung. A. M. dass. OLG. in einer Entsch. v. 10. 4. 96 und **RG. 37** 411, sowie Gaupp-Stein (4/5), Seuffert (8) zu § 719.

2. OLG. **6** 129 (Marienwerder): Die Einstellung der Zwangsvollstreckung aus einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Vorbehaltsurteile des § 599 bis zur Erledigung des Nachverfahrens ist gemäß §§ 707, 719 ZPO. nur zulässig, wenn das im Wechselprozesse ergangene Urteil mittels Berufung angefochten ist. Andernfalls kann die Einstellung — bis zur Erledigung des Nachverfahrens — nur im Wege der einstweiligen Verfügung erreicht werden.

§ 722. 1. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 266, R. **03** 529: Auf die Form und den Namen der ausländischen Entscheidung kommt es nicht an; Vorbedingung für die Zulässigkeit des Vollstreckungsurteils ist aber, daß eine der materiellen Rechtskraft fähige formell rechtskräftige Entscheidung vorliegt. Dies trifft bei einem „Verlustschein" des schweizerischen Rechtes nicht zu.

2. SächsOLG. **24** 304, OLG. **6** 18, R. **03** 107: Zur Durchführung des ausländischen Urteils bedarf es eines Vollstreckungsurteils, auch wenn es sich nicht um die Zwangsvollstreckung im engeren Sinne handelt, sondern um die Benutzung des Urteils als Grundlage für die Einschreibung in ein öffentliches Buch oder Register.

3. OLG. Colmar, ElsLothJZ. **29** 240: Für die Vollstreckbarkeitserklärung französischer Urteile ist nach § 13 EGZPO. nicht die ZPO. (§§ 722, 723), sondern lediglich der nach Art. 18 der Zusatzkonvention v. 11. 12. 71 für Reichsrecht zu erachtende badisch-französische Rechtshilfevertrag v. 16. 4. 46 maßgebend.

§ 723. Abs. 2. Über die Unzulässigkeit eines Vollstreckungsurteils zu einem österreichischen Urteile, wenn die Zuständigkeit des österreichischen Gerichts auf dem „Fakturengerichtsstande" beruhte, vgl. oben Ziff. I zu § 328.

§ 724. 1. OLG. **7** 303 (Kolmar), ElsLothJZ. **29** 235: Wird bei einem nach Grund und Betrag streitigen Anspruch durch Zwischenurteil der Anspruch dem Grunde nach für berechtigt erklärt und hierauf durch vorläufig vollstreckbares Endurteil über die Höhe des Anspruchs erkannt, so darf dieses Endurteil vor Rechtskraft des Zwischenurteils nicht mit der Vollstreckungsklausel versehen werden.

2. OLG. Breslau, R. **03** 580: Die Entscheidung über die Versagung der Vollstreckungsklausel ist keine Entscheidung im Zwangsvollstreckungsverfahren Gegen sie ist die einfache Beschwerde nach § 567 gegeben. Vgl. auch OLG. Hamburg, DJZ. **03** 432.

§ 725. SächsOLG. **24** 132: Eine äußerlich einwandfreie Vollstreckungsklausel bindet das Grundbuchamt, solange nicht auf eine Einwendung der Schuldnerin die Vollstreckungsklausel aufgehoben oder die Zwangsvollstreckung aus ihr eingestellt ist. Der Grundbuchbeamte hat nicht zu prüfen, ob die nach § 725 erteilte Klausel im vorliegenden Falle nur auf Anordnung des Vorsitzenden hätte erteilt werden dürfen.

§ 726. (§ 794 Abs. 1 Nr. 5.): 1. Über die Voraussetzungen der Erteilung der Vollstreckungsklausel bei Vollstreckungstiteln mit kassatorischer Klausel — vgl. JDR. **1** § 726 Nr. 1 — herrscht noch immer Streit.

a) *Martinius, DNotV. **3** 59: Die Vollstreckungsklausel unter der Ausfertigung einer Urkunde der im § 794 Abs. 1 gedachten Art, welche eine sog. kassatorische Klausel enthält, kann auch hinsichtlich des Kapitals auf Antrag sofort erteilt werden. Nichtzahlung der Zinsen innerhalb der gesteckten Frist ist keine beweisbedürftige Tatsache im Sinne des § 726 Abs. 1. Nach dem Kausalitätsprinzipe (Trägheitsgesetze) ist die Negative, Nichtzahlung der Zinsen, selbstverständlich. Für die Zahlung (Positive) besteht keine gesetzliche Vermutung. Da die negative Bedingung aber einen dies enthält, darf die Zwangsvollstreckung natürlich erst nach Ablauf der Frist zur Zinszahlung beginnen (§ 751 Abs. 1). Schuldner, welcher die Zinsen rechtzeitig zahlte, hat den Rechtsbehelf aus §§ 767, 797 Abs. 4. (Klage). Ebenso Dorst, RheinNotZ. **48** 258.

b) A. M. *Brunner, SeuffBl. **03** 529: Die Notwendigkeit einer Beweisführung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden erstreckt sich auch auf Fälle, in welchen die Vollstreckbarkeit einer Urkunde nach ihrem Inhalte durch den Eintritt eines Umstandes von negativer Art bedingt ist (so auf den Fall der kassatorischen Klausel), da im § 726 zwischen Tatsachen positiver und negativer Art nicht unterschieden wird.

2. a) *Brunner, SeuffBl. **04** 85, 260: Auch Fälle, in welchen die Vollstreckbarkeit einer Urkunde von dem Eintritt der Fälligkeit eines Schuldbetrags infolge vorausgegangener Kündigung abhängt, gehören zu denjenigen, in welchen vollstreckbare Ausfertigung einer Urkunde nur erteilt werden darf, wenn der Beweis des Eintritts der die Fälligkeit bedingenden Tatsache, d. i. der Kündigung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden erbracht wird.

Die Zustellung einer Abschrift der Kündigungsurkunde durch Gerichtsvollzieherakt und die Bestätigung hierüber auf dem den Gegenstand der Zustellung bildenden Schriftstücke, sowie auf der Abschrift hiervon vermögen hierbei für sich allein die öffentliche Eigenschaft oder die öffentliche Beglaubigung der Kündigungsurkunde nicht zu ersetzen, obwohl nach § 132 Abs. 1 BGB. Zustellungen von Willenserklärungen nach den Bestimmungen der ZPO. durch Vermittelung eines Gerichtsvollziehers an sich auch für bürgerliche Rechtsverhältnisse als rechtlich wirksam zu erachten sind, da durch die Bestätigung der Zustellung auf dem den Gegenstand der Zustellung bildenden Schriftstücke und durch den Beglaubigungsakt auf der Abschrift der Urkunde nur die Zustellung des mit der Zustellungsbestätigung zu versehenden Schriftstücks selbst und der Gleichlaut der Abschrift dieses Schriftstücks mit dem den Gegenstand der Zustellung bildenden Schriftstücke, nicht aber die Echtheit des den Gegenstand der Zustellung bildenden Schriftstücks oder der auf diesem Schriftstücke befindlichen Unterschrift bestätigt wird.

b) A. M. *Neumiller, SeuffBl. **04** 563: Die Zustellungsurschrift der Kündigung bedarf keiner Unterschriftsbeglaubigung, weil die Identität des Erklärenden mit dem Auftraggeber durch § 167 ZPO. gewährleistet wird. Letztere Vorschrift gilt für öffentliche Zustellungen allerdings nicht, wird aber praktisch durch die Prüfung der Antragsberechtigung seitens des Amtsgerichts ersetzt.

3. BayObLG., Puchelts Z. **03** 129: Der Gläubiger hat, wenn die Fälligkeit eines Kapitals, zu dessen Zahlung der Schuldner sich nach § 794 Abs. 1 Ziff. 5 verpflichtet hat, von einer Kündigung abhängt, zur Erlangung einer vollstreckbaren Ausfertigung nur die Kündigung nachzuweisen, auch wenn die

Kündigung erst im Falle nicht rechtzeitiger Zinszahlung zulässig ist. Die Einwendung des Schuldners, die Kündigung sei unberechtigt, betrifft den Anspruch des Gläubigers und ist deshalb von ihm im Wege der Klage aus § 767 geltend zu machen.

4. Sellner, SeuffBl. **04** 493: Ist auf eine Leistung und eventuell auf eine andere Leistung erkannt, so darf die Vollstreckungsklausel für die Eventualverpflichtung erst erteilt werden, wenn die Unmöglichkeit der Erfüllung der primären Verpflichtung dem Gerichte durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen ist. A. M. die Kommentare.

5. *Herr, Die gerichtliche Geltendmachung einer zum eingebrachten Gute gehörenden Forderung durch den Ehemann, Jherings J. **46** 254: Ist auf Grund einer Klage des Ehemanns nach § 1380 BGB. der Beklagte zur Zahlung an den Mann unter Zustimmung der Frau verurteilt, so darf eine vollstreckbare Ausfertigung nur nach Nachweis der Erteilung der Zustimmung erteilt werden. Die Ansicht Binders, Bernhöft-Binders Beiträge **1** 109, daß in der Verurteilung zur Leistung an den Mann unter Zustimmung der Frau ein Analogon des § 751 liege, ist unzutreffend. Auch § 756 paßt nicht.

§ 727. 1. OLG. **9** 112 (Rostock), MecklZ. **22** 245: § 727 verlangt nicht, wie §§ 729, 738 das Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung.

2. a) Jacoby, DJZ. **04** 212: Der Schuldübernehmer ist nicht Rechtsnachfolger des Urschuldners. Gegen ihn kann deshalb, abgesehen von den Fällen des § 729, eine vollstreckbare Ausfertigung des gegen den Urschuldner ergangenen Urteils nicht erteilt werden. Ebenso: Dorst, RheinNotZ. **48** 265; Seuffert, § 727 Anm. 5b.

b) OLG. Dresden, BuschsZ. **32** 357: Rechtsnachfolger des Schuldners ist nicht der Übernehmer einer persönlichen Schuld. Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung (§ 794 Abs. 1 Ziff. 5) „zugleich für die Rechtsnachfolger" des Schuldners wirkt nicht gegen den Übernehmer der persönlichen Schuld. (Zu a und b vgl. JDR. **1** § 727 Nr. 1.)

3. Dorst, RheinNotZ. **48** 262, zählt die Fälle auf, in denen die vollstreckbare Ausfertigung aus einer Schuldurkunde gegen andere Personen als den in der Urkunde bezeichneten Schuldner zu erteilen ist.

4. Über die Frage, ob der Armenanwalt im Falle des § 124 als Rechtsnachfolger der Partei anzusehen ist und daher die Vollstreckungsklausel auf ihn umgeschrieben werden kann, vgl. OLG. **6** 130 oben Ziff. 2 zu § 124.

5. NaumbAK. **04** 88: Damit die Klausel gegen den Erben des Schuldners erteilt werden kann, muß außer dem Anfalle der Erbschaft auch der Ablauf der Ausschlagungsfrist des § 1944 BGB. oder die Annahme der Erbschaft nachgewiesen werden (§ 1958 BGB., § 778 ZPO.).

Ebenso: Dorst, RheinNotZ. **48** 266, Gaupp-Stein (6./7) § 727 Note IIc, Seuffert (8) § 727 Note 5a. A. M. Planck, § 1958 Anm. 4b, Böhm, Erbrecht (2) 265.

6. **RG. 57** 326, JW. **04** 262: Ist eine vollstreckbare Forderung gepfändet und zur Einziehung überwiesen, so kann der Drittschuldner der Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den Pfändungsgläubiger nicht deshalb widersprechen, weil die Forderung bereits zugunsten anderer Gläubiger gepfändet und diesen zur Einziehung überwiesen sei. Der Drittschuldner ist gegen die Gefahr, mehrfach zahlen zu müssen, durch die Hinterlegungsbefugnis gemäß § 853 ZPO. geschützt, die auch dann Platz greift, wenn hinsichtlich der gepfändeten Forderung einem der Gläubiger eine Vollstreckungsklausel erteilt ist.

§ 730. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 25, OLG. **5** 450; vgl. JDR. **1** § 730 Nr. 1.

§ 731. 1. Marcus, KGBl. **03** 74: Die Klage aus § 731 ist eine Art gemeinrechtlicher Judikatsklage, eine Ergänzungsklage zu dem die Leistungspflicht des Schuldners bereits bejahenden Schuldtitel in subjektiver Beziehung oder im Hinblick auf die nach dem Inhalte des Titels die Vollstreckung desselben bedingenden Umstände. Die Klage ist außer in dem Falle der Unmöglichkeit des Urkundenbeweises auch immer dann von Bedeutung, wenn der Gläubiger durch sie schneller und leichter zum Ziele zu kommen Aussicht hat, als durch den Antrag beim Gerichtsschreiber. Ferner sichert sich der Gläubiger mit der Klage gegen einen nachträglichen Angriff des Schuldners auf die Gültigkeit der Klausel mittelst Klage aus § 768, da der Schuldner auf die Klage aus § 731 bereits alle Einwendungen gegen die Klausel vorbringen muß (RG. **50** 372).

War der Schuldtitel auf einen im Urkundenprozesse verfolgbaren Leistungsanspruch gerichtet, so kann der Gläubiger, wenn er die Voraussetzungen für die Vollstreckungsklausel urkundlich belegen kann, die Klage aus § 731 ebenfalls im Urkundenprozeß erheben. Daß der Antrag auf „Erteilung der Klausel" geht, steht der Klage im Urkundenprozeß ebensowenig entgegen, wie der Antrag auf „Duldung" gegen den Ehemann der auf Leistung verklagten Ehefrau (RG. **50** 53).

2. RG. JW. **03** 240, R. **03** 363: Gegen die Klage aus § 731 sind nur solche Einwendungen zulässig, welche nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung entstanden sind, auf welche das mit der Vollstreckungsklausel zu versehende Urteil ergangen ist.

3. *Meyer, R. **03** 217: Wenn der Gläubiger gegen Erben auf Erteilung der Vollstreckungsklausel klagt, ist in diesem Prozeß auf die Frage, ob die Erben nur mit dem Nachlasse haften, nicht einzugehen.

§ 732. 1. OLG. Posen, PosMschr. **03** 178: § 732 setzt, wenn es sich um eine nach § 727 erteilte Vollstreckungsklausel handelt, voraus, daß die Rechtsnachfolge als solche streitig ist. Streit über den Inhalt oder die Tragweite des Urteils ist nur im Wege eines neuen Prozesses zu entscheiden. Dasselbe gilt für Behauptungen, welche darauf hinauslaufen, daß nachträglich Tatsachen eingetreten seien, welche die Vollstreckbarkeit des Urteils ausschließen (§ 767).

2. OLG. Breslau, R. **04** 316: Tritt der Gläubiger seinen Anspruch an einen der als Gesamtschuldner verurteilten Beklagten in einer öffentlichen Urkunde ab, so ist dem Zessionar die Vollstreckungsklausel hinsichtlich des ganzen Urteilsanspruchs ohne weiteres zu erteilen. Den übrigen Gesamtschuldnern bleibt überlassen, wenn nach dem internen Verhältnisse zwischen ihnen und dem Zessionar zuviel beigetrieben wird, Klage aus § 767 zu erheben.

§ 733. OLG. Breslau, BuschsZ. **33** 288: Die weitere vollstreckbare Ausfertigung kann auch für einen geringeren als den im Urteile zugesprochenen Betrag beantragt werden. Der Gläubiger wird aber darzutun haben, daß die Forderung in der angegebenen Höhe noch besteht.

§ 735. RG. **54** 297, JW. **03** Beibl. 73: Auf Grund eines Titels gegen den nicht rechtsfähigen Verein kann ein zum Gesellschaftsvermögen gehöriger Anspruch auf Leistung eines Beitrags (Zubuße) gepfändet werden, wenn auch dieser Anspruch gegen das Mitglied nicht vom Verein als solchem, sondern nur von allen Mitgliedern, mit Ausnahme des Schuldners, eingeklagt werden könnte.

§ 736. OLG. **9** 113 (Colmar), R. **04** 142: Ein einheitliches Urteil gegen sämtliche Teilhaber ist nicht erforderlich. Ebenso: Seuffert zu § 747 Nr. 2, Gaupp-Stein zu § 736, (abw. Petersen-Anger zu § 736).

§ 739. Literatur: du Chesne, Die Verurteilung des Ehemanns zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau, SächsA. **13** 1. —

Geib, Die Zwangsvollstreckung ins eingebrachte Gut, insbesondere nach § 741 ZPO., AzivPr. 94 317. — Jolly, Die Duldungspflicht des Ehemanns gemäß §§ 739, 741 ZPO., AzivPr. 93 433. — Linsmayer, Verbindung der Klagen auf Leistung gegen die Ehefrau und auf Duldung der Zwangsvollstreckung gegen den Ehemann, Buschs Z. 33 34. — Walsmann, Die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung in das Eingebrachte, Rostocker rechtsw. Studien II 6, 24 ff.

1. (Vgl. auch Lessing, s. o. zu § 100.) Über den Inhalt des § 739 sagt *Jolly, AzivPr. 93 442 ff.: Will der Gläubiger der Ehefrau sich aus dem eingebrachten Gute befriedigen, so muß er durch einen Titel feststellen lassen, daß für eine konkrete Schuld der Frau das eingebrachte Gut haftet.

Dazu ist zweierlei erforderlich:

a) Die Schuld der Frau muß eine Ehegutsschuld sein; es darf keiner der im § 1412—1414 BGB. aufgeführten Fälle vorliegen. Präsumtiv ist jede Schuld Ehegutsschuld; der Mann hat das Gegenteil zu beweisen.

b) Das Bestehen der Frauenschuld muß auch dem Manne gegenüber festgestellt werden. Der § 739 hat direkte Beziehung zwischen Gläubiger und Ehemann in den Fällen, in denen der Mann das Frauengut besitzt, geschaffen; sie legt dem Mann (Drittschuldner) dem Gläubiger gegenüber die Pflicht auf, zu gestatten, daß dieser sein allgemeines Recht auf Befriedigung aus dem Frauen-(Schuldner)-Vermögen ohne Rücksicht auf seine, des Mannes, Rechte eventuell mit Gewalt ohne Ummeg über die Frau gegen den Besitzer des Frauenguts, den Mann, durchsetzen kann.

Der § 739 erklärt nicht nur den eingebrachtes Gut besitzenden Ehemann, sondern über § 1411 BGB. hinaus jeden im gesetzlichen Güterrecht lebenden Ehemann für duldungspflichtig, er gestattet also die Klage ohne Rücksicht darauf, ob Eingebrachtes vorhanden ist oder nicht.

Die Pflicht des Mannes besteht darin, das Zurücktreten seiner ehemännlichen Rechte hinter den Ansprüchen des Gläubigers ertragen zu müssen. Duldungspflicht heißt: nicht widersprechen dürfen, eventuell Unbeachtlichkeit, Bedeutungs- und Wirkungslosigkeit des Widerspruchs. Die Duldungspflicht ist also nicht selbständig und als eine gesetzliche Obligation zu betrachten, sondern sie liegt in dem Verhältnis, welches den Gläubigeransprüchen und dem Rechte des Mannes zueinander gegeben ist. Eben deswegen handelt es sich nur um eine rein formale Feststellung für die Berechtigung der Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Frau, nicht um eine Duldungspflicht, die etwa ihrerseits dem Manne gegenüber mit Zwangsvollstreckung gemäß § 890 zu vollstrecken wäre.

Solange der Gläubiger dem Manne nicht ausdrücklich erklärt, daß er das Eingebrachte angreifen wolle, und ihn auffordert, die Schuld anzuerkennen, ist der Mann dem Gläubiger gegenüber nicht verpflichtet, irgend etwas zur Deklarierung seiner Duldungspflicht zu tun. Sobald ihn der Gläubiger aber mahnt, ihn in Verzug setzt, muß er sich entscheiden; er muß die Verpflichtung, die Zwangsvollstreckung zu dulden, anerkennen, sonst muß er eine Verurteilung gemäß § 739 gewärtigen.

Der Pflicht des Mannes entspricht, da der Anspruch noch nicht fällig ist, nur die Anerkennung der Pflicht und das Versprechen, die Zwangsvollstreckung zu dulden. Unrichtig ist die Ansicht Plancks, der Gläubiger könne nicht nur Anerkennung, sondern Ausstellung einer Urkunde nach § 794 fordern. Das mag de lege ferenda zweckmäßig sein, hat aber im Gesetz keinen Ausdruck gefunden.

Ein Titel gegen den Mann ist erst brauchbar, wenn ein solcher gegen die Frau vorliegt, daraus folgt aber nicht, daß der Titel gegen die Frau Voraussetzung für die Erlangung des Titels gegen den Mann ist. Die prozessuale Durchführung der beiden Verpflichtungen kann durchaus getrennt erfolgen (452).

Wird gegen Mann und Frau zusammen geklagt, so ist die Klage gegen beide zur Zeit der Klagerhebung nur begründet, wenn die Voraussetzungen des § 259 vorliegen, d. h. wenn der Gläubiger den Mann vergeblich aufgefordert hat, seine Duldungspflicht anzuerkennen. Mann und Frau sind nicht notwendige Streitgenossen, weil ja dem Manne gegenüber außer dem Bestehen der Frauenschuld auch noch ihre Art nachgewiesen werden muß, was der Frau gegenüber nicht nötig ist. Ebensowenig ist der Mann deswegen schon duldungspflichtig, weil er solidarisch neben der Frau haftet.

Die Pflicht des Mannes besteht unabhängig von dem Verhalten der Frau, unabhängig davon, ob gegen die Frau Klage erhoben ist oder nicht.

Das Urteil nach § 739 ist Vollstreckungstitel, nicht schon Vollstreckung selbst. Im § 739 darf eine Forderungsüberweisung nicht erblickt werden. Als Konsequenzen (456) ergeben sich:

α. Gibt der Mann auf Aufforderung kein Leistungsversprechen, so hat er zur Klage Veranlassung gegeben und hat daher die Kosten zu tragen. Liegt eine Aufforderung zur Anerkennung nicht vor, so entgeht er den Kosten, wenn er sofort den Klaganspruch anerkennt.

β. Die Kosten der Zwangsvollstreckung hat das Eingebrachte zu tragen.

γ. Die dem Manne der Frau gegenüber obliegende Auskunfts- und Rechenschaftspflicht besteht dem Gläubiger gegenüber nur, wenn dieser die Rechte der Frau übertragen erhalten hat, auf Grund des § 260 BGB. Dagegen ist der Mann dem Gläubiger gegenüber zur Leistung des Offenbarungseides gemäß § 807 verpflichtet.

δ. Will der Gläubiger sich vorläufig sichern, so kann er Arrest gegen die Frau erwirken und ihre Herausgabe-, bzw. Ersatzansprüche an den Mann pfänden lassen.

Die Zwangsvollstreckung gegen den Mann kann dem Gläubiger große Schwierigkeiten bereiten, da sich häufig nicht feststellen läßt, was eingebrachtes Gut ist und was nicht. Diese Verlegenheiten des Gläubigers, sowie des Gerichtsvollziehers können gehoben werden, wenn die Prüfung, was eingebrachtes Gut ist, nicht erst im Vollstreckungsstadium vorgenommen wird, sondern schon vorher durch das Prozeßgericht. Ist durch das Gericht festgestellt, was Eingebrachtes ist, dann hat ein Widerspruch des Mannes bei der Pfändung keine Bedeutung mehr. Die Klage auf Duldung muß daher durch eine Feststellungsklage ergänzt und dahin spezifiziert werden, daß der Mann die Zwangsvollstreckung in die näher bezeichneten Stücke dulden muß.

Das Vollstreckungsorgan hat nicht notwendig zu prüfen und festzustellen, ob es sich bei einer Zwangsvollstreckung gegen eine Frau um eine im gesetzlichen Güterrecht lebende Frau und um Eingebrachtes handelt. Eine solche Feststellung würde wertlos sein, weil ihr keine bindende Wirkung innewohnt (463).

Gegen die ordnungswidrige Pfändung sind folgende Rechtsbehelfe gegeben:

A. Dem Manne:

1. Befindet sich das eingebrachte Gut im Besitz des Mannes, so kann der Mann, wenn ohne Titel bei ihm gepfändet wird und die nach § 809 erforderliche Zustimmung nicht erteilt worden ist, oder wenn ihm gehörige Sachen gepfändet worden sind, sowohl den Weg des § 766, wie den des § 771 einschlagen.

2. Wird das Eingebrachte im Besitz der Frau auf Grund eines nur gegen sie ergangenen Titels gepfändet, so steht dem Mann die Klage nach § 771 zu. Einwendungen gemäß § 766 kann er nicht erheben. Eine Klage nach § 767 kommt nur in Betracht, wenn nach Erlassung des Titels gegen den Mann, ehe bei ihm gepfändet worden ist, die Frauenschuld befriedigt worden ist.

B. 1. Die Frau hat und braucht keinen Schutz. Wenn auch die Pfändung dem Manne gegenüber ordnungswidrig ist, so ist ihr doch kein Unrecht geschehen, denn ihre Sachen sind zur Tilgung ihrer Schulden verwendet worden; ob dabei Rechte Dritter verletzt worden sind, kann ihr gleichgültig sein. Sie kann daher weder Einwendungen nach § 766, noch Klage gemäß § 771 erheben.

2. *Geib, AzivPr. **94** 317 ff. faßt die Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung auf als Feststellung der Vollschuldqualität der Frauenverbindlichkeit dem Ehemann gegenüber, wodurch die Zwangsvollstreckung ins eingebrachte Gut im voraus gegen die Exekutionsinterventionsklage des Mannes geschützt wird. Daraus ergibt sich, daß im Fall des § 741 für die Vollstreckung ins eingebrachte Gut keineswegs ein Titel gegen den Mann stets für überflüssig erklärt ist. Es bedarf hier nur nicht der vorgängigen rechtskräftigen Feststellung dem Mann gegenüber, daß dem Gläubiger der Frau eine Forderung zustehe, deren Befriedigung aus dem eingebrachten Gut die ehemännlichen Rechte nicht im Wege stehen.

3. *du Chesne, SächsA. **13** 1: Das Urteil nach § 739 gegen den Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung enthält keine Feststellung einer privatrechtlichen Pflicht, sondern ist nur eine Erweiterung der Vollstreckbarkeitserklärung in Urteilsform. Es könnten daher Kosten den Ehemann, genau genommen, nicht treffen. Praktisch wird sich mit Rücksicht auf die privatrechtliche Konstruktion dieses Duldungsanspruchs in der ZPO. die Behandlung dieser Klage nach § 257 empfehlen. Man muß dann den Augenblick der Fälligkeit des Anspruchs gemäß § 257 dem Augenblicke der Pfändung in das eingebrachte Gut, durch die erst ein wirklicher privatrechtlicher Anspruch des Gläubigers gegen den Ehemann auf Duldung der Verwertung entsteht, gleichsetzen.

4. *Walsmann a. a. O.: Die Klage auf Duldung kann mit der Klage gegen die Frau auch in den besonderen Verfahrensarten verbunden werden, da sie ihrem Zweck nach lediglich akzessorischer Natur im Verhältnis zu dieser ist (ebenso **RG. 50** 53). Die Ehegatten sind nicht notwendige Streitgenossen (29). Die Klage auf Duldung kann auch gesondert erhoben werden, eignet sich aber dann nicht für die besonderen Verfahrensarten (33). Mit Zustimmung des Ehemanns ist auch ohne Duldungsurteil Pfändung der in seinem Gewahrsam befindlichen Sachen zulässig (36 ff.).

5. KG., R. **03** 22, KGBl. **03** 105: Die Verpflichtung des Ehemannes zur Duldung der Zwangsvollstreckung schließt die Verpflichtung in sich, den Gläubigern auf seine Kosten einen vollstreckbaren Schuldtitel gegen sich zu verschaffen, falls er nicht zahlen will oder kann. Vgl. JDR. **1** § 739 Nr. 9.

6. SächsOLG. **24** 151: Der für die Klage auf Leistung gegebene Gerichtsstand gilt auch für die Klage auf Duldung der Vollstreckung. Vgl. JDR. **1** § 739 Nr. 6.

7. OLG. München, SeuffBl. **04** 351: Ist für den Anspruch gegen die Frau der Rechtsweg ausgeschlossen, so ist er es auch für den Duldungsanspruch gegen den Ehemann.

8. Linsmayer, BuschsZ. **33** 34: Die auf Leistung verklagte Ehefrau und der auf Duldung der Zwangsvollstreckung verklagte Ehemann sind gewöhnliche Streitgenossen (a. M. Petersen-Anger Anm. 2 zu § 739; Seuffert Anm. 2 β zu § 62, Anm. 2 α zu § 739; ders. Gruchots Beitr. **43** 133 ff.; vgl. JDR. **1** § 739 Nr. 2). Hat die Verbindung beider Klagen den Zweck, das Zeugnis des Ehemannes bezüglich des Rechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Frau auszuschalten, so hat das Gericht die Pflicht, die Verhandlung der Ansprüche in getrennten Prozessen anzuordnen. Vgl. auch JDR. **1** § 739 Nr. 3.

9. LG. Darmstadt, HessRspr. **4** 179: Ebenso wie allgemein die Behauptung des Gläubigers genügt, um die angebliche Forderung eines Schuldners zu pfänden, genügt die Behauptung, die zu pfändende Forderung sei Vorbehaltsgut der Ehefrau, um auf Grund eines nur gegen die Ehefrau gerichteten Titels die Pfändung zu erwirken.

10. Lessing, SächsA. **13** 530: Die auf Leistung verklagte Ehefrau und der auf Duldung verklagte Ehemann sind Streitgenossen nach § 60 ZPO. Es liegen zwei verschiedene Obligationen, keine Gesamtschuld (wie du Chesne a. a. O. 8 annimmt) vor. Die Kosten treffen, wenn die Beklagten unterliegen, nach § 100 Abs. 1 grundsätzlich beide Beklagte zu gleichen Teilen. (Näheres s. o. zu § 100 unter Lessing, Ziff. IV D.)

§ 740. 1. a) OLG. **7** 303 (Posen); R. **03** 343; PosMschr. **03** 81: Die Klage gegen eine Ehefrau zwecks Feststellung, daß ein gegen den Ehemann ergangenes rechtskräftiges Urteil in das Gesamtgut vollstreckbar sei, ist zuzulassen, wenn die Zwangsvollstreckung gegen den Mann aus tatsächlichen Gründen auf Schwierigkeiten stößt. Dagegen:

b) *Geib, AzivPr. **94** 367: Eine Verurteilung der Ehefrau zur Duldung der Zwangsvollstreckung ist unstatthaft.

2. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 1017: Die gegen die in Gütergemeinschaft lebende Ehefrau gerichtete Klage kann nicht aus dem Grunde abgewiesen werden, weil der Ehemann nicht mitverklagt ist oder weil der mitverklagte Ehemann die Befriedigung des Gläubigers aus dem Gesamtgute nicht zu dulden braucht und deshalb die gegen ihn gerichtete Klage abzuweisen ist.

3. OLG. **9** 113 (KG.): Ein Urteil, welches rechtskräftig den Mann als Vertreter des Gesamtguts zur Auflassung eines gütergemeinschaftlichen Grundstücks verurteilt, ersetzt gemäß § 894 die Auflassungserklärung beider Eheleute.

4. OLG. **9** 115, HansGerZ. **04** Beibl. 161 (Hamburg): Werden auf Grund eines lediglich gegen die Ehefrau gerichteten vollstreckbaren Titels Gegenstände des Gesamtgutes gepfändet, so kann der Ehemann — außer der Klage aus § 771 — Erinnerung aus § 766 erheben. Vgl. zu § 808 Nr. 1.

5. *Walsmann a. a. O. 43 ff. verneint gegen die Auffassung der preußischen Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher v. 1. 12. 99 jedoch in Übereinstimmung mit der Hamburgischen Geschäftsanweisung für das Gerichtsvollzieheramt v. 1. 1. 00 die Zulässigkeit der Pfändung von Sachen, die sich im Gewahrsam der Frau befinden, auf Grund eines Urteils gegen den Mann im Fall des § 740. Ebenso entscheidet er den entsprechenden Fall bei § 741.

6. Für den Güterstand der Errungenschaftsgesellschaft des württ. Partikularrechts (EGBGB. Art. 200) führt v. Wächter-Spittler, WürttZ. **15** 128 aus, daß die Errungenschaftsgrundstücke kein Gesamtgut darstellen, vielmehr als Miteigentum der Ehegatten nach Bruchteilen im Grundbuch einzutragen seien. Er verlangt demgemäß für die Zwangsvollstreckung in die Grundstückshälfte der Frau (ZVG. §§ 17 Abs. 1, 146 und bei der Zwangshypothek GBO. § 40 Abs. 1) einen gegen sie gerichteten Vollstreckungstitel (ZPO. § 570).

§ 741. 1. Die Anwendung der von *Geib, (vgl. o. Ziff. 2 zu § 739), für die Exekutionsduldungsklage aufgestellten Grundsätze auf § 741 führt zu folgendem Ergebnis: Der wahre Sinn des § 741 ist der: Die Gläubiger einer Ehefrau, welche ein vom Mann konsentiertes oder wie ein konsentiertes von der Rechtsordnung behandeltes Erwerbsgeschäft selbständig betreibt, können die Exekution ins eingebrachte Gut, mag solche zugleich gegen den Mann gerichtet sein oder nicht, auf Grund der Verurteilung der Frau ordnungsmäßig betreiben, ohne nötig zu haben, zuvor die Qualität ihrer Forderung als einer solchen,

deren Befriedigung aus dem eingebrachten Gut die ehemännlichen Rechte nicht im Wege stehen, dem Mann gegenüber urteilsmäßig feststellen zu müssen.

2. OLG. **6** 413 (KG.): § 741 schließt eine Klage gegen den Mann auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut nicht aus. Indem das Gesetz ein gegen die Frau ergangenes Urteil als zur Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut genügend bezeichnet, läßt es deutlich erkennen, daß es ein Mehr, nämlich ein auch gegen den Mann gerichtetes Urteil, nicht hat ausschließen wollen. Das Gesetz hindert den Gläubiger nicht, den regelmäßigen Weg des § 739 zu beschreiten, wenn er sich im Hinblick auf die mancherlei Schwierigkeiten, die ihm bei der Zwangsvollstreckung aus einem gegen die Frau erlassenen Urteile begegnen können, gegen derartige Hindernisse von vornherein dadurch sichern will, daß er auch einen Titel gegen den Mann erwirkt.

3. Simonson, DJZ. **03** 98: Will ein Gläubiger nicht nach § 741, sondern nach § 739 ZPO. verfahren, so muß sich der Ehemann dies gefallen lassen, und er kann die Kostenpflicht nicht damit verneinen, daß er auch ohne Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung verpflichtet sei.

4. a) KG., SeuffA. **58** 239, OLG. **5** 329, (vgl. JDR. **1** § 741 II 2): Auf Grund des Titels gegen die Frau kann ohne weiteres auch in das im Gewahrsam des Mannes befindliche eingebrachte Gut vollstreckt werden.

b) Abw. *Jolly, AzivPr. **93** 471 ff.: Die Zwangsvollstreckung bereitet Schwierigkeiten, wenn beim selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes die zu pfändenden Sachen im Besitze des Mannes sind. Ein Titel gegen die Frau genügt hier nicht (§ 750), es muß vielmehr gegen den Mann auf Duldung geklagt werden. Der Mann kann in dem Verfahren gegen ihn auf Duldung einwenden, das gegen die Frau verlangte Urteil sei ihm gegenüber nicht wirksam. Ebenso AG. I und LG. I Berlin, KGBl. **04** 21.

§ 743. OLG. **6** 281 (Königsberg): Nach Beendigung der Gütergemeinschaft ist die Zwangsvollstreckung aus einem nur gegen den Mann gerichteten Titel in die bei der Auseinandersetzung der Frau zugeteilten Sachen selbst dann unzulässig, wenn die Frau nach materiellem Rechte (§ 1480 BGB.) für die Forderung noch haftet.

§ 746. 1. *Geib, AzivPr. **94** 337: Der Grund, weshalb hier von dem Erfordernis einer Verurteilung des Nutznießungsberechtigten zur Duldung der Zwangsvollstreckung Abstand genommen worden ist, liegt darin, daß das elterliche Nutznießungsrecht als solches durch die in das Kindesvermögen wegen einer Schuld des Kindes bewerkstelligte Exekution überhaupt nie berührt wird, denn dieses Nutznießungsrecht reicht von Haus aus nie so weit, daß es den Rechten der Vollstreckungsgläubiger des Kindes im Wege stünde (§ 1659 BGB.). Bei der Ausnahmslosigkeit dieser Beschränktheit des elterlichen Nutznießungsrechts ist eine der Zwangsvollstreckung in das Kindesvermögen voraufgegangene Feststellung derselben dem Inhaber des Nutznießungsrechts gegenüber überflüssig. Auf Grund des elterlichen Nutznießungsrechts ist ein Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung gemäß § 771 ausgeschlossen. Auf der anderen Seite können die Eltern, sobald sich die Vollstreckung in das Kindesvermögen auch gegen sie als Vollstreckungsschuldner richtet, das ohne Vollstreckungstitel gegen sie betriebene Verfahren als ordnungswidrig gemäß § 746 bemängeln. Das versteht sich nach dem Grundsatze des § 750 von selbst. Die Bestimmungen des § 746 machen davon so wenig eine Ausnahme wie die §§ 735, 740, 745, 748.

Zu beachten ist, daß sich die Pfändung von im Gewahrsame der Eltern befindlichen Mobilien des Kindes nicht immer als ein gegen die Eltern gerichteter Vollstreckungsakt darstellt, denn als gesetzliche Vertreter sind die Eltern

nicht Besitzer der in ihren Händen befindlichen Sachen. Sie sind nicht Dritte im Sinne des § 809. Ihre tatsächliche Gewalt ist Besitz des Kindes.

2. *Geib a. a. O. 367: Eine Verurteilung des Inhabers der elterlichen Gewalt zur Duldung der Zwangsvollstreckung ist unstatthaft.

§ 747. 1. OLG. **7** 322 (KG.): Der § 747 ist keine Prozeßvorschrift; er spricht nicht davon, daß die Vollstreckung erst beginnen könne, nachdem die Klausel gegen alle Erben erteilt und vorgelegt sei, er regelt nicht die formellen, sondern die materiellen Voraussetzungen der Vollstreckung in einen Nachlaß dahin, daß dazu ein gegen alle Erben ergangenes Urteil erforderlich ist, das heißt, — wie sich aus der Begründung ergibt —: Wie nach dem BGB. von mehreren Miterben bei ungeteiltem Nachlasse nicht einer über einen Nachlaßgegenstand oder einen Teil davon verfügen kann, sondern nur alle Erben gemeinschaftlich verfügen können, so müssen auch alle Miterben verklagt und verurteilt sein, wenn gegen einen Nachlaßgegenstand Zwangsvollstreckung stattfinden soll. Damit steht aber auch fest, daß der § 747, der (nach der Begründung) nur mit Rücksicht auf den § 2033 Abs. 2 BGB. aufgenommen ist, sich nur auf Nachlässe bezieht, welche dem BGB. unterworfen sind. Dies Ergebnis widerstreitet nicht dem Grundsatze, daß Prozeßgesetze vom Tage ihres Inkrafttretens schlechthin anzuwenden sind; denn einmal wird der Grundsatz schon deshalb hier nicht durchbrochen, weil hier ja nur geprüft und entschieden ist, was unter dem „Nachlaß" im Sinne des § 747 zu verstehen ist und, wenn es richtig ist, daß darunter nur ein Nachlaß, der dem Rechte des BGB. untersteht, zu verstehen ist, sich daraus das Anwendungsgebiet des § 747 ohne weiteres und ohne Konflikt mit jenem Grundsatz über die Anwendung von Prozeßgesetzen ergibt; zum anderen ist aber oben dargelegt, daß der § 747, trotz seiner Stellung in der ZPO., ein Prozeßgesetz überhaupt nicht ist.

Es ergibt sich aus dem § 747 aber der — allerdings prozessuale — Grundsatz, daß die Vollstreckung in einen ungeteilten Nachlaß (im Sinne des BGB.) nicht eher beginnen darf, als bis die Klausel gegen alle Miterben erteilt ist.

2. OLG. **9** 113 (Colmar): Ein einheitliches Urteil gegen alle Erben wird nicht verlangt; vgl. oben zu § 736.

§ 750. 1. OLG. **7** 147 (KG.): Als namentliche Bezeichnung der Person des Vollstreckungsschuldners genügt die Angabe der Firma. Der Gerichtsvollzieher hat festzustellen, welche physische Person Träger dieses Namens ist.

2. KG., KGBl. **03** 46: Bei einem gegen eine Firma gerichteten Urteile gilt derjenige als verurteilt, welcher zur Zeit der Klagerhebung Inhaber der Firma war. Die Identität derjenigen Person, gegen welche sich die Vollstreckung richten soll, mit der verurteilten zu prüfen, ist Sache des Vollstreckungsorgans.

3. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 254: Die nachträgliche Zustellung des Titels (vgl. JDR. **1** § 750 Nr. 2) heilt den Mangel der Pfändung dann nicht, wenn der Schuldner dem Gläubiger gegenüber sich bereits auf die Richtigkeit der Pfändung berufen hat.

4. OLG. **6** 282 (Königsberg): Die Vorschrift spricht zwar nur von Urteilen, muß aber auch für die Vollstreckung aus Arrestbefehlen Anwendung finden.

§ 751. 1. OLG. Marienwerder, R. **04** 80: Ist der Beklagte auch zur Zahlung erst künftig fällig werdender Unterhaltsbeträge verurteilt (§ 258), so ist Zwangsvollstreckung doch immer nur wegen der bereits fälligen Beträge zulässig.

2. BayObLG., SeuffA. **58** 42: Ist das Urteil gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt, so ist nach Eintritt der Rechtskraft dasselbe unbedingt vollstreckbar. Der Gläubiger braucht von der vorläufigen Vollstreckbarkeit keinen Gebrauch zu machen und ist dann nicht gehindert, nach Eintritt

der Rechtskraft die Zwangsvollstreckung genau so zu betreiben, wie wenn das Urteil überhaupt nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt worden wäre. Es genügt also die auf Grund des Eintritts der Rechtskraft erteilte Vollstreckungsklausel (§§ 724 und 725), der zugleich die Bedeutung eines Zeugnisses über die Rechtskraft zukommt.

§ 753. Literatur: Riedinger, Der Besitz an gepfändeten Sachen. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtlichen Stellung des Gerichtsvollziehers, Berlin 1903.

1. **RG.** JW. **03** Beil. 134: Zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher entsteht durch den Zwangsvollstreckungsauftrag ein Rechtsverhältnis, das sich als Dienstmiete im Sinne des BGB. darstellt.

Der Gerichtsvollzieher ist Vertreter des Gläubigers, auf den § 164 BGB. Anwendung findet. Dem Schuldner gegenüber ist der Gerichtsvollzieher lediglich ein mit der Ausübung staatlichen Zwangsrechts betrauter Beamter.

2. *Riedinger a. a. O.: Der Gerichtsvollzieher ist weder Beauftragter noch Vertreter der Partei, sondern lediglich Staatsorgan. Die Mandatstheorie widerspricht der staatsrechtlichen Natur der Amtstätigkeit; die Stellung des Gerichtsvollziehers ist keine andere als die des Vollstreckungs- oder jedes anderen Richters (6 f.). Schließlich würde aus staatsrechtlichen Gründen höchstens die Möglichkeit der Mandatstheorie folgen, nicht ihre Richtigkeit. Für diese müßten noch besondere Gründe sprechen, da es nicht das Regelmäßige ist, daß ein Beamter als Parteimandatar tätig wird. Solche Gründe liegen nicht vor, da sämtliche Erscheinungen auch durch die Amtstheorie erklärbar sind: Die Pfändung ist kein Privatrechtsgeschäft des Gläubigers, da es sich nur in öffentlich-rechtlichen Formen bewegt (gegen Schultze, Privatrecht und Prozeß 64 ff.) (12). Auch kann die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers nicht in zwei Teile zerrissen werden, die hoheitsrechtliche Gewaltausübung und die auftragsmäßige Besitzergreifung. Zahlung an den Gerichtsvollzieher befreit zwar den Schuldner, allein auch die Hinterlegungsstelle, an die gemäß §§ 372 ff. BGB. geleistet wird, ist nicht als Mandatar anzusehen. Der Gerichtsvollzieher erwirbt nicht das Pfandrecht für den Gläubiger, sondern dieser erwirbt es durch die Handlung des Gerichtsvollziehers, ebenso, wie er das Grundstückseigentum durch den Beschluß des Zwangsversteigerungsrichters erwirbt. Wäre das alles Folge eines Auftrages, so müßten auch andere Handlungen des Gerichtsvollziehers Wirkung für und gegen den Gläubiger haben, z. B. eine schuldhafte Zerstörung der gepfändeten Sache (18 ff.). Das Prinzip des Parteibetriebes steht, richtig aufgefaßt, der Amtstheorie nicht entgegen (28 f.). Der Auftrag stellt auch nicht die besondere Ermächtigung dar, deren der Beamte im Einzelfalle noch als Ergänzung zu der ihm vom Staate allgemein erteilten bedarf (gegen v. Welck, Gruchots Beitr. **36** 509), denn jeder Beamte darf von der ihm durch Gesetz im allgemeinen erteilten Ermächtigung im konkreten Falle nur dann Gebrauch machen, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen vorliegen, für die ihm das Gesetz die Ermächtigung gegeben hat. Diese Voraussetzung ist hier der „Auftrag" der Partei. Die Verantwortlichkeit des Gläubigers für den durch ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung herbeigeführten Schaden greift auch bei der einstweiligen Verfügung Platz. Auch daß der Gerichtsvollzieher Gebühren empfängt und ihm für den Anspruch darauf in manchen Einzelstaaten der Rechtsweg gegeben ist, beweist nicht die Mandatstheorie. Ebenso nicht die der Partei angeblich zustehende Klage auf Auszahlung des Versteigerungserlöses (29 f.). Mit der Stellung des Anwalts besteht keine Analogie, denn dieser wird im § 78 ausdrücklich als Bevollmächtigter bezeichnet (38 f.).

Der Gerichtsvollzieher ist auch nicht bloßer Vertreter; dagegen spricht auch § 235 ZPO. — Eine unrichtige Überspannung der Amtstheorie und bloße Fiktion ist es, wenn Planck, ZPr. I 621, 1362 sagt, der Gerichtsvollzieher handele nur

auf Befehl des Gerichts, das Gesetz habe aber gewisse Befehle ein für allemal suppliert (das. 27).

3. **RG.** Puchelts Z. **35** 9; OLG. Colmar, R. **03** 107, Puchelts Z. **34** 173, ElsLothrJZ. **28** 222: Zwar haftet der Gerichtsvollzieher dem Gläubiger nach den Grundsätzen des Dienstvertrages. Dies schließt jedoch nicht aus, daß die vom Gerichtsvollzieher vorgenommene Zwangsvollstreckung auch dem Gläubiger gegenüber als Amtshandlung in Betracht kommt, so daß nach Landesrecht (so nach § 40 ElsLothr. AGBGB., Art. 77 EGBGB.) der Staat dem Gläubiger für den diesem vom Gerichtsvollzieher im Zwangsvollstreckungsverfahren zugefügten Schaden haftbar sein kann.

4. **RG.** ElsLothrJZ. **28** 104: Der Gerichtsvollzieher macht sich durch Verzögerung der Ausführung eines ihm erteilten Auftrages einer ihn schadensersatzpflichtig machenden Verletzung seiner Pflicht als Beamter und Beauftragter schuldig.

5. OLG. Hamburg, Bamberg, SeuffA. **58** 298, 299: Für die Anfechtbarkeit einer Pfändung kommt die Kenntnis des pfändenden Gerichtsvollziehers von der Zahlungseinstellung des Schuldners nicht in Betracht, wenn der Gerichtsvollzieher nicht neben dem Vollstreckungsauftrage noch eine besondere Vertretungsvollmacht erhalten hatte. (Vgl. o. § 166 BGB. Ziff. 2 a.)

§ 754. LG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 200: Der Gerichtsvollzieher, der auf Grund eines Titels gepfändet hat, darf diesen an den Gläubiger nicht wieder herausgeben, wenn auf Antrag eines Dritten die Zwangsvollstreckung nun eingestellt ist, da der Schuldner sonst mehrfachen Zwangsvollstreckungen aus demselben Titel ausgesetzt werden könnte. Vgl. auch § 114 der Dienstvorschr. f. d. Gerichtsvollz. in Baden.

§ 758. 1. Reinhard, DJZ. **03** 316: Der Gläubiger ist berechtigt, den Gerichtsvollzieher bei der Zwangsvollstreckung zu begleiten und dabei das befriedete Besitztum des Schuldners zu betreten.

2. Langner, Ztschr. für den preuß. GVollz.Verband **17** 129: Widerstand gegen die Anwesenheit des Gläubigers ist wie Widerstand gegen die Vollstreckung selbst zu behandeln.

§ 766. I. SeuffBl. **04** 479 (Landgerichtl. Entsch.): Der Weg der Einwendungen nach § 766 ist auch dann gegeben, wenn die anzufechtende Vollstreckungsmaßregel vom Gerichte selbst erlassen ist; die Beschwerde aus § 793 findet erst statt, nachdem die Einwendung erfolglos geblieben ist.

II. 1. **RG.** JW. **03** 50: Die Unpfändbarkeit einer Forderung kann der Schuldner nur vor dem Vollstreckungsgerichte, nicht im Prozeßwege geltend machen. Demzufolge steht auch der Klage des Schuldners auf Erfüllung der — nach Behauptung des Schuldners unzulässig gepfändeten — Forderung der vom Drittschuldner erhobene Einwand, daß die Forderung gepfändet sei, entgegen; die Pfändung muß erst durch freiwilligen Verzicht des Pfändungsgläubigers oder durch Aufhebung der Pfändung seitens des Vollstreckungsgerichts beseitigt werden.

2. **RG. 55** 207, SeuffA. **59** 336, OLG. **6** 270 (Colmar): Dem Hypothekengläubiger steht gegen die Pfändung ihm haftender Zubehörstücke sowohl der Rechtsbehelf aus § 766 ZPO. als auch die Widerspruchsklage aus § 771 zu Gebote. Dagegen OLG. Dresden, SächsA. **14** 578, welches nur den Weg des § 766 für gegeben hält.

3. OLG. **6** 414 (Hamburg): Der § 766 greift nicht Platz, wenn jemand behauptet, daß seine Forderung als die eines anderen gepfändet sei. Dieser Einwand betrifft nicht die Art und Weise der Zwangsvollstreckung, sondern kann nur nach § 771 zum Austrage gebracht werden.

III. 1. OLG. Braunschweig, R. **04** 388: Der Schuldner kann die Unpfändbarkeit der gepfändeten Sachen nach §§ 811, 766 auch dann geltend machen, wenn er nicht deren Eigentümer ist.

2. LG. Darmstadt, HessRspr. **4** 4: Auch der Drittschuldner kann die Unpfändbarkeit der gepfändeten Forderung nach § 766 geltend machen.

3. OLG Hamm, R. **04** 363: Bei Pfändung von Dienstprämien der Unteroffiziere ist mit Rücksicht auf den Zweck der Prämien auch der Reichsmilitärfiskus als Interessent zu Erinnerungen nach § 766 berechtigt. Vgl. zu § 850 unter IV.

IV. 1. OLG. **7** 310 (Jena): Der Rechtsbehelf des § 766 findet nur während der Zwangsvollstreckung statt. Die Zwangsvollstreckung in Forderungen, welche ratenweise fällig werden, zerfällt in mehrere Akte, deren jeder sein selbständiges Ende durch teilweise Befriedigung des Pfandgläubigers findet.

2. LG. I Berlin, KGBl. **03** 29: Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung aus § 766 kann nicht mehr erhoben werden, wenn der vom Gerichtsvollzieher gemachte Fehler nicht mehr zu beseitigen ist. Dem Geschädigten steht nur die Klage auf Schadensersatz und die Dienstaufsichtsbeschwerde zu.

3. OLG. Frankfurt, R. **03** 214: Bei der Überweisung einer Forderung zur Einziehung wird die Zwangsvollstreckung erst mit der wirklich erfolgten Einziehung, nicht schon mit dem Wirksamwerden des Überweisungsbeschlusses beendet.

V. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **29** 329, R. **03** 239: Der Beschluß des Vollstreckungsgerichts ist den Prozeßbevollmächtigten der Parteien zuzustellen, welche diese im Hauptprozesse vertreten haben.

VI. (Abs. 2.) *Riedinger: Eine Klage auf Übernahme der Ausführung des Auftrags ist ausgeschlossen.

§ 767. Literatur: Abraham, Aufrechnung und Eingriffsrecht in der Vollstreckungsinstanz, Berlin 1903. — Hellwig, Erlöschen des Scheidungsrechts in der Revisionsinstanz (Vollstreckungsgegenklage gegen konstitutive Urteile), DJZ. **03** 284.

Abs. 1. I. 1. OLG. **9** 117 (KG.): Ziel dieser Klage ist nur der Ausspruch, daß die Vollstreckung aus dem Urteil wegen nachträglicher Veränderungen des materiellen Anspruchs unzulässig sei. Dagegen ist der Streit über den Inhalt eines Urteils und des dadurch zwischen den Parteien geschaffenen Rechtsverhältnisses im Wege der Feststellungsklage § 256 zum Austrag zu bringen.

2. OLG. **7** 326 (Kiel): Der im Vollstreckungsverfahren erhobene Einwand, es sei bereits Rechnung gelegt, kann regelmäßig nur im Wege der Klage nach § 767 zur Geltung gebracht werden.

3. **RG.** JW. **04** 59, R. **04** 142: Bei teilweiser Befriedigung des Gläubigers kann mit der Klage aus § 767 Einschränkung der Vollstreckung auf die Beitreibung des Restbetrags und im übrigen Aufhebung der Vollstreckung begehrt werden.

4. Hellwig, DJZ. **03** 284: Die Versöhnung der Ehegatten nach Schluß der zweiten Instanz des Scheidungsprozesses kann nicht in der Revisionsinstanz, sondern nur mittels Klage aus § 767 ZPO. geltend gemacht werden. Die Klage muß vor Rechtskraft des Scheidungsurteils erhoben werden.

II. 1. OLG. Karlsruhe, BuschsZ. **33** 535: Die Klage aus § 767 ZPO. ist vor dem Beginn der Zwangsvollstreckung nur dann zulässig, wenn die Zwangsvollstreckung bevorsteht und der Schuldner ein rechtliches Interesse daran dartut, daß alsbald festgestellt werde, es stehe dem Gläubiger aus dem Urteile ein Anspruch nicht zu.

2. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 163: Der Rechtsbehelf des § 767 ist nach Beendigung der Zwangsvollstreckung nicht mehr gegeben.

III. 1. OLG. Dresden, SächsA. **13** 118: Der Gerichtsstand des § 767 Abs. 1 ist nach § 802 ein ausschließlicher. Die allgemeinen Zuständigkeitsbestimmungen des 2. Titels des 1. Buches sind daneben unanwendbar.

2. **RG.** JW. **04** 41, SeuffBl. **04** 521, Gruchots Beitr. **48** 829: Für die Einwendungen aus § 767 gegen ein Vollstreckungsurteil auf Grund eines ausländischen Urteils (§§ 722, 723) ist dasjenige inländische Gericht ausschließlich zuständig, welches das Vollstreckungsurteil erlassen hat.

IV. 1. OLG. **7** 54 (Hamburg): Der Verurteilte hat bei Durchführung des im § 767 vorgesehenen Verfahrens kein Recht auf Herausgabe des vollstreckbaren Titels. Es bedarf einer solchen Herausgabe auch nicht, weil § 775 dem Verurteilten einen genügenden Schutz gewährt.

2. **RG.** JW. **03** 398, SeuffA. **59** 77; BayObLG., R. **04** 48: Durch § 767 wird die Feststellungsklage aus § 256 ZPO., daß der im früheren Urteil zugesprochene Anspruch nicht mehr bestehe, nicht ausgeschlossen.

Abs. 2. 1. **RG.** JW. **04** 96: § 767 ist dahin auszulegen, daß alle Einwendungen, welche bis zu dem in Abs. 2 angegebenen Zeitpunkt vorgebracht werden können, bis dahin auch vorgebracht werden müssen. Die Einwendung der Aufrechnung kann geltend gemacht werden, wenn die Forderung, mit der aufgerechnet werden soll, entstanden und fällig ist; der Schuldner hat dann die Möglichkeit, die Erklärung, aufrechnen zu wollen, abzugeben und hierdurch die Forderung des Gläubigers nach § 389 BGB. zum Erlöschen zu bringen und auf diese, lediglich auf seinem Willen beruhende Aufrechnungserklärung die Einwendung zu stützen. Vgl. **RG.** JDR. **1** § 767 III Nr. 3.

Ebenso: OLG. Naumburg, NaumbAK. **03** 69.

2. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 30, R. **03** 107: Tatsachen, welche vor der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind, können, auch wenn sie der Partei erst später bekannt geworden sind, eine Klage aus § 767 nicht stützen. Sie können nur nach Maßgabe des § 580 zur Restitution verwertet werden.

3. In Übereinstimmung mit **RG.** **40** 352 legt OLG. Hamburg, HansGer. Z. **03** Beibl. 69 den Abs. 2 — gegen die Mehrzahl der Kommentare; Seuffert (8) Bem. 4a zu § 767; Reincke (4) § 767 Anm. II 2; Struckmann-Koch (8) § 767 Anm. 4; Petersen-Anger (4) § 767 Anm. 7; vgl. auch Oetker, JLBl. **03** 125 — dahin aus, daß beim Vorliegen eines Versäumnisurteils die Klage aus § 767 immer dann unzulässig ist, wenn es dem Schuldner möglich war, die Einwendung durch Einlegung des Einspruchs geltend zu machen. Bestätigt durch: **RG.** **55** 187, JW. **03** 291.

4. *Abraham a. a. O., 63 ff., 71 ff. (vgl. JDR. **2** Ziff. 1 zu § 142 BGB.): Alle Rechtsgeschäfte, die, im Prozesse vorgenommen zum Ausdruck bringen, daß der Beklagte den unantastbaren Bestand des klägerischen Rechtes negiere, daher zugleich Prozeßhandlungen sind, — insbesondere Aufrechnung, Anfechtung, Rücktrittserklärung — unterliegen dem Ausschlusse durch rechtskräftiges Urteil, falls sie nicht vor dem Urteile vollzogen werden, sofern ihre Voraussetzungen zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung gegeben sind. Ein Einwand in der Vollstreckungsinstanz kann auf sie nicht mehr gestützt werden.

Stützt sich die Einwendung auf ein selbständiges, der klageweisen Geltendmachung fähiges Gegenrecht, so bleibt dieses selbständige Recht unberührt, wenn auch der prozessuale Einwand präkludiert wird. Der Beklagte, der seinen Aufrechnungseinwand eingebüßt hat, kann selbstverständlich immer noch die dem Aufrechnungsvorbringen zugrunde liegende Gegenforderung durch Klage geltend machen.

Diejenigen Handlungen hingegen, die ein Anerkenntnis des Klaganspruchs und noch ein erhebliches Plus enthalten, wie im besonderen die Kündigung, sind

keine Prozeßhandlungen, können mithin nicht durch Urteil präkludiert werden. Aus dem Prinzipe der Rechtskraft rechtfertigt sich ein Ausschluß dieser Erklärungen auch in keiner Weise. Denn diese Erklärungen sind ohne rückwirkende Kraft, wirken nur ex nunc; werden sie nach Fällung eines richterlichen Spruches vorgenommen, so wird in keiner Weise das Bestehen des rechtskräftig zuerkannten Rechtes für die Zeit der Urteilsfällung angezweifelt.

Abs. 3. **RG. 55** 101 (vgl. JW. **03** 291): „Klage" ist hier nicht gleich „Klageschrift". Der Kläger kann eine Einwendung, die er in der Klageschrift nicht geltend gemacht hat, obwohl er dazu imstande gewesen wäre, in demselben Verfahren noch geltend machen, sofern dies nach § 264 ZPO. zulässig ist.

Ebenso: Struckmann-Koch (8) II 153 Bem. 6 Abs. 2, Gaupp-Stein (4) II 461 ff., Petersen-Anger (4) II 376 Bem. 8; vgl. JDR. **1** § 767 IV.

§ 768. Über die Frage, inwieweit Einwendungen gegen die Vollstreckungsklausel im Wege der Klage geltend gemacht werden können: SeuffA. **58** 83, **RG. 50** 365; s. JDR. **1** zu § 768 Nr. II 1.

§ 769. I. Abs. 1. 1. BayObLG. **4** 906, R. **04** 80: Die Sicherheitsleistung, von der die Einstellung der Zwangsvollstreckung abhängig gemacht ist, hat den Zweck, dem Gläubiger dieselbe Befriedigung zu verschaffen, die er ohne die Einstellung erlangen würde. Der Gläubiger soll gegebenenfalls aus der Sicherheit Ersatz des Schadens erhalten, der ihm durch Minderung des für seinen Anspruch verfügbaren Erlöses oder durch Verzögerung der Befriedigung entsteht. Für anderweitige Nachteile, die dem Gläubiger entstehen mögen, haftet die Sicherheit nicht. Die Sicherheitsleistung ist gegenstandslos, wenn eine Verkürzung des Gläubigers in der Befriedigung nicht eintritt.

2. KG., BuschsZ. **31** 108: Die Sicherheitsleistung kann — anders als nach § 921 — im Falle des § 769 nur zu dem Zwecke gefordert werden, den Gläubiger hinsichtlich der für ihn aus der Einstellung entstehenden Nachteile zu sichern, nicht aber zur Ergänzung der Glaubhaftmachung. Mangels Glaubhaftmachung ist das Einstellungsgesuch stets zurückzuweisen.

3. OLG. Stettin, PosMschr. **04** 13: Auch wenn sich die Anordnung aus § 769 fälschlich einstweilige Verfügung nennt, ist gegen sie die sofortige Beschwerde, nicht der Widerspruch gegeben.

II. Abs. 2. 1. OLG. **9** 118 (Kiel): Die Entscheidung des Prozeßgerichts nach § 769 Abs. 2 bedarf der Schriftform.

2. LG. Mainz, HessRspr. **3** 164: Der Gerichtsvollzieher hat die Vollstreckung fortzusetzen, wenn ihm nicht innerhalb der Frist der vom Vollstreckungsgerichte geforderte Nachweis erbracht wird, ohne daß er eines weiteren die Fortsetzung der Vollstreckung gestattenden Gerichtsbeschlusses bedarf.

§ 771. Literatur: Oertmann, Die Bereicherungshaftung des Vollstreckungsgläubigers bei Pfändung fremder Sachen, AzivPr. **96** 1 ff. — Schäfer, Der Kostenpunkt bei der Widerspruchsklage nach § 771 ZPO, SeuffBl. **04** 373.

Abs. 1. I. 1. OLG. **6** 415, SächsOLG. **25** 219 (Dresden): Derjenige, dem wirtschaftlich eine Forderung gehört, die lediglich formell — zu Legitimationszwecken — auf den Namen des Vollstreckungsschuldners gestellt wurde, ist zur Widerspruchsklage berechtigt.

2. Schönfeld, R. **03** 572: Dem Hypothekengläubiger steht gegen die Pfändung von Miet- und Pachtzinsen die Klage aus § 771 ZPO. zu.

3. OLG. **6** 415 (Dresden): Die Ansicht, daß die Widerspruchsklage auf ein Schuldverhältnis zwischen dem Kläger und Vollstreckungsschuldner überhaupt nicht gegründet werden könne, geht zu weit; vielmehr genügt, sobald der Schuldner die tatsächliche Verfügung über den Gegenstand der Zwangsvollstreckung nur auf

Grund eines Schuldverhältnisses, z. B. eines Leih- oder Verwahrungsvertrags erlangt hat, dessen Nachweis zur Begründung der Widerspruchsklage. Vgl. JDR. **1** § 771 Nr. 3.

4. SächsOLG. **25** 244: Macht der Konkursverwalter auf Grund der §§ 29 ff. KO. die Anfechtung einer noch nicht beendeten Zwangsvollstreckung mit der Klage auf Freigabe der dem Gemeinschuldner auf Betreiben des Anfechtungsbeklagten abgepfändeten Sachen geltend, so ist sie als Widerspruchsklage aus § 771 begründet und bei dem Gerichte zu erheben, in dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung vorgenommen wurde. Der Verwalter macht, indem er behauptet, der Gegenstand der Zwangsvollstreckung gehöre pfandfrei zur Konkursmasse, das Pfandrecht habe den Konkursgläubigern gegenüber keine Wirksamkeit, ein die Veräußerung hinderndes Recht an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung geltend; da er insoweit zweifellos die Gesamtheit der Gläubiger vertritt, mithin als ein Dritter im Sinne des § 771 anzusehen ist, so sind die Erfordernisse der Widerspruchsklage gegeben.

Ebenso: **RG.** R. **03** 267; Brettner, R. **03** 502.

5. Stübel, DJZ. **04** 684: Steht die gepfändete Forderung nicht dem Vollstreckungsschuldner, sondern einem Dritten zu, so ist dies von dem Dritten nach § 771 im Klagewege geltend zu machen, solange nicht die Zwangsvollstreckung beendet ist, d. h. solange nicht der Drittschuldner auf Grund der Pfändung und Überweisung an den Vollstreckungsgläubiger gezahlt hat. Ebenso OLG. **6** 414, HansGerZ. **03** Beibl. 136 (Hamburg).

Über die Rechtsbeziehungen der Beteiligten nach beendeter Zwangsvollstreckung s. Stübel a. a. O. 685 ff.

6. OLG. Königsberg, SeuffA. **59** 291: Wird aus einem gegen zwei Gesamtschuldner gerichteten vollstreckbaren Titel die Zwangsvollstreckung nur gegen einen der Schuldner betrieben, so ist der andere zwar als „Dritter" zur Interventionsklage an sich legitimiert, dem Gläubiger erwächst jedoch aus dem Umstande, daß der Kläger aus demselben Vollstreckungstitel mitverpflichtet ist, der Einwand der Arglist.

7. OLG. **9** 119 (Hamburg): Jeder Miteigentümer kann für sich allein bei Pfändung der ganzen Sache Widerspruchsklage erheben.

8. Über Einwendungen des Ehemannes gegen die Zwangsvollstreckung im Falle des § 741 s. o. zu § 741.

9. OLG. Frankfurt, FrankfRundsch. **04** 204: Dem Schuldner steht die Widerspruchsklage aus § 771 nicht zu. Der Schuldner muß die Einwendung, die gepfändeten Gegenstände seien Eigentum des Gläubigers, im Wege der Einwendung aus § 766 ZPO. geltend machen.

II. 1. OLG. Jena, ThürBl. **50** 204: Im Falle des § 847 kann die Klage aus § 771 schon dann erhoben werden, wenn die Herausgabe der Sache an einen Gerichtsvollzieher angeordnet worden ist.

2. OLG. **9** 119 (Dresden): Der Widerspruchskläger gemäß § 771 hat nur den Erwerb, nicht auch die Fortdauer seines Eigentums zu beweisen.

3. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 36: Das Urteil auf die auf Eigentum gestützte Interventionsklage, mit welcher Freigabe der Sachen gefordert wird, schafft nicht Rechtskraft über das Eigentum des Klägers.

4. OLG. Frankfurt, R. **03** 160: Sind die Pfandstücke versteigert, so verwandelt sich die Klage auf Freigabe derselben in eine Klage auf Herausgabe des Versteigerungserlöses um. Diese ebenfalls nach § 771 zu beurteilende Klage kann jedoch nur bis zur Beendigung der Zwangsvollstreckung geltend gemacht werden.

III. Kosten des Interventionsprozesses.

1. *Schäfer, SeuffBl. 04 373: Bei der Widerspruchsklage eines Dritten gegen eine Pfändung wird der Rechtsstreit häufig nicht durchgeführt, sondern vor der gerichtlichen Entscheidung durch Freigabe der Pfandgegenstände seitens des Gläubigers erledigt. Die Ansichten über die Behandlung des Kostenpunkts in diesem Falle gehen auseinander. Es ist zu unterscheiden, ob die Freigabe vor oder nach der Zustellung der Klage erfolgt ist.

a) Ist die Klage noch zugestellt worden, obwohl schon vorher die Freigabe erklärt war, muß die Klage, weil bei der Zustellung kein Hauptanspruch mehr bestand, als unbegründet abgewiesen werden und treffen nach § 91 ZPO. den Kläger die Kosten des Rechtsstreits; der § 93 a. a. O. darf hier nicht zugunsten des Klägers entsprechend angewendet werden. Will der Kläger aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes wegen Verschuldens vom Beklagten Kostenvergütung fordern, so kann dies nur mit selbständiger Klage geschehen. Wird in dem zur Verhandlung über die Widerspruchsklage anberaumten Termin der Rechtsstreit wegen der Kosten dieser Klage fortgesetzt, so liegt eine Klageänderung, eine neue Klage vor, nämlich an Stelle der prozeßrechtlichen Klage aus § 771 ZPO. ist eine materiellrechtliche Klage aus § 823 oder § 990 BGB. getreten. Das hier ergehende Urteil ist nur mit Berufung, nicht mit Beschwerde nach § 99 ZPO. anfechtbar.

b) Erfolgte die Pfandfreigabe nach der Zustellung der Klage, so haftet der Beklagte zunächst nach § 91 ZPO. für die Kosten; es kann aber zu seinen Gunsten der § 93 a. a. O. zur Anwendung kommen, wenn ein Verschulden desselben in bezug auf die Erhebung des Rechtsstreits nicht vorliegt. Es begründet kein Verschulden des Gläubigers, wenn er ohne Kenntnis des klägerischen Anspruchs von seinem Rechte auf Pfändung Gebrauch machte. Der Kläger muß also vor der Klagerhebung den Pfändungsgläubiger von seinem Anspruche in Kenntnis setzen. Bloße Benachrichtigung genügt aber nicht, sondern es ist im Hinblick auf die §§ 823, 990 BGB. eine Glaubhaftmachung des Anspruchs erforderlich, wodurch der Gläubiger in bösen Glauben versetzt wird.

2. Judikatur zu dieser Frage vgl. oben zu § 93 V.

3. OLG. 9 119 (KG.): Die für die Unterbringung der Pfandstücke während des Interventionsprozesses vom Kläger aufgewendeten Lagerkosten gehören nicht zu den vom Beklagten zu erstattenden Kosten des Rechtsstreits.

IV. Oertmann behandelt a. a. O. die Frage, ob der Vollstreckungsgläubiger nach der Versteigerung fremder Sachen dem Eigentümer aus ungerechtfertigter Bereicherung hafte, aus rechtshistorischem, dogmatischem und rechtspolitischem Gesichtspunkt. Im Gegensatz zur herrschenden Lehre — Crome II § 321 Anm. 7; Dernburg II § 378 Anm. 2; Endemann I § 198 Anm. 41; Fischer-Henle zu § 816 BGB. Nr. 3; Kuhlenbeck (2) das. Nr. 4; Gaupp-Stein zu § 771 Nr. VII 4; Petersen-Anger das. Nr. 7; Struckmann-Koch das. Nr. 3 Abs. 4 u. a. — verneint Oertmann mit Freund (der Eingriff in fremde Rechte, 1902) die Streitfrage. (Näheres s. Ziff. 1 zu § 816 BGB.)

V. Brückmann, DJZ. 04 689: Über die Stellung der Ehefrauen im Interventionsprozesse vgl. oben zu § 93 V 9.

Abs. 2. Die Kosten des auf Einstellung der Zwangsvollstreckung gerichteten Beschlusses gehören zu den Kosten des nachfolgenden Prozesses über die Widerspruchsklage. **RG.** SeuffA. **58** 43; **RG.** **50** 356; SächsOLG. **24** 157. Vgl. JDR. **1** § 771 Nr. 10.

§ 772. 1. Voß, DJZ. 03 495: Die in den §§ 772, 773 enthaltenen Vollstreckungsverbote gewähren dem Schuldner ein Recht zu den Anträgen aus § 766. Ebenso Petersen-Anger II 390. Anders die herrschende Meinung.

2. OLG. Posen, PosMschr. **03** 123: § 772 ist nur eine Ordnungsvorschrift. Ist dagegen verstoßen, z. B. weil dem Vollstreckungsgerichte das Veräußerungsverbot unbekannt war, so werden dadurch die eingetretenen Rechtswirkungen nicht berührt.

§ 773. KG., RJA. **4** 59, OLG. **7** 352, ZBlFrG. **4** 504, NaumbAK. **03** 92: Gegen andere Vollstreckungsmaßregeln als gegen Veräußerung oder Überweisung eines vorerbschaftlichen Gegenstandes steht dem Nacherben vor Eintritt der Nacherbfolge das Widerspruchsrecht aus §§ 773, 771 nicht zu. Es kann deshalb auf einem zu einer Vorerbschaft gehörigen Grundstücke zugunsten einer gegen den Vorerben begründeten Forderung eine Zwangshypothek eingetragen werden. Die Geltendmachung der Unwirksamkeit der Zwangshypothek im Falle des Eintritts der Nacherbfolge (§ 2115 BGB.) wird dem Nacherben durch Eintragung seiner Rechte im Grundbuche (§ 52 GBO.) genügend gesichert.

§ 774. *Geib, AzivPr. **94** 343: Aus dieser Vorschrift darf nicht per argumentum e contrario geschlossen werden, daß bei vorhandener Rechtskraftserstreckung der Verurteilung der Frau auf den Mann für diesen jede Möglichkeit, der Zwangsvollstreckung auf Grund des § 771 entgegenzutreten, in Wegfall kommt. Gerade weil im Falle des § 741 die Exekution ins eingebrachte Gut ordnungsmäßig betrieben werden kann ohne Verurteilung des Mannes zur Duldung der Zwangsvollstreckung, d. h. ohne Feststellung der Vollschuldqualität der Frauenverbindlichkeit ihm gegenüber, bleibt die Exekution ins eingebrachte Gut auch jetzt noch Einwendungen seitens des Ehemanns ausgesetzt, die er auf sein Verwaltungs- und Nutznießungsrecht stützen will.

Die Klage aus § 774 dient nicht nur dazu, daß dem Ehemann Gelegenheit gegeben werde, geltend zu machen, daß das Urteil gegen die Ehefrau ihm gegenüber unwirksam sei, sondern diese Klage kann auch durch den Nachweis begründet werden, daß die Verurteilung der Ehefrau trotz ihrer Rechtskraftserstreckung auf den Mann ins eingebrachte Gut nicht vollstreckt werden dürfe, weil keine Geschäftsschuld in Frage stehe. Genau besehen trifft sogar gerade nur für diesen letzteren Anwendungsfall das Ziel der Klage aus § 774 mit dem der Interventionsklage gemäß § 771 — auf welche § 774 verweist — zusammen. Denn nur bei Bestreitung der Qualität der Frauenschuld als einer solchen, für welche das eingebrachte Gut ohne Rücksicht auf Verwaltung und Nutznießung des Ehemanns haftet, behauptet der Ehemann, daß das von der Vollstreckung gegen den Schuldner ergriffene Objekt der Vollstreckung nicht unterworfen sei. Beruft sich dagegen der Ehemann, ohne die Geschäftsschuldqualität der Frauenverbindlichkeit zu bestreiten, lediglich darauf, daß die Verurteilung der Frau ihm gegenüber nicht nach § 1405 BGB. rechtskräftig oder nach § 741 ZPO. vollstreckbar sei, so wird damit eigentlich gar nicht nach Maßgabe des § 771 ZPO. Widerspruch gegen die Vollstreckung erhoben. Vielmehr behauptet solchenfalls der Ehemann, daß der Anspruch in das an sich vollstreckungsunterworfene Vermögen der Frau nicht mit Wirksamkeit gegen ihn selbst vollstreckt werden dürfe.

§ 775. 1. OLG. Dresden, SeuffA. **58** 174: Die Einstellung der Zwangsvollstreckung seitens des Gerichtsvollziehers im Falle des § 775 ist nur eine vorläufige. Durch die Einstellung soll dem Gläubiger Gelegenheit gegeben werden, seinen Antrag auf Zwangsvollstreckung zurückzunehmen. Tut der Gläubiger das nicht, sondern verlangt er die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung, so muß der Gerichtsvollzieher dem Verlangen stattgeben; die Entscheidung darüber, ob durch die geleistete Zahlung der urteilmäßige Anspruch erfüllt sei, hat der Schuldner im Wege der Klage aus § 767 herbeizuführen. Dies wird in den Motiven zu § 775 als selbstverständlich bezeichnet und ergibt sich daraus, daß nach § 776 etwa bereits erfolgte Vollstreckungsmaßregeln aufrecht erhalten bleiben. Läßt

der Gläubiger die Zwangsvollstreckung fortsetzen, obwohl er weiß, daß die Schuld getilgt ist, so macht er sich des Vergehens gegen § 253 StGB. schuldig.

2. Ziff. 1 u. 2. Hirsekorn, GVollzZ. **23** 122: Damit der Gerichtsvollzieher einstellen darf, muß ihm die Ausfertigung der gerichtlichen Verfügung von der Partei vorgelegt werden. Die Vorlegung der Urschrift der Verfügung von seiten des Gerichts genügt nicht.

§ 780. 1. OLG. Dresden, SächsA. **14** 239: Stellt der beklagte Erbe in der mündlichen Verhandlung das Verlangen wegen Vorbehalts der Haftungsbeschränkung im Urteile, so bedarf dieser Antrag keiner weiteren Begründung, insbesondere nicht der Darlegung, daß der Erbe bereits etwas erwirkt oder beantragt habe, was die Beschränkung herbeizuführen geeignet ist.

2. *Meyer, R. **04** 217: Des Vorbehalts der Nachlaßbeschränkung bedarf es nur in dem Urteile, welches den Erben verurteilt, nicht in dem Urteile auf Vollstreckungsklausel, wenn der vollstreckbare Titel dem Gläubiger schon gegen den Erblasser zustand.

3. KG., SeuffA. **59** 26: Wesentlich verschieden von der in den §§ 780, 781 ZPO. behandelten „Beschränkung der Haftung" des Erben ist die im § 1973 BGB. behandelte Befugnis des Erben, die Befriedigung der im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger vor Befriedigung der nicht ausgeschlossenen zu verweigern. Die Entscheidung, daß dem Beklagten diese Befugnis zustehe, braucht nicht in der Urteilsformel ausgedrückt zu werden; es genügt der Ausspruch in den Entscheidungsgründen.

§ 781. 1. Borcherdt, AzivPr. **94** 211: Erkennt der Nachlaßgläubiger das Recht des Erben, ihm wegen Unzulänglichkeit des Nachlasses die Befriedigung zu verweigern, nicht oder nicht in dem geltend gemachten Umfange an, so muß er seine Forderung einklagen, auch wenn über die Rechtsbeständigkeit derselben zwischen ihm und dem Erben kein Streit besteht, und die Zwangsvollstreckung entweder in den noch vorhandenen Nachlaß oder in das Privatvermögen des Erben betreiben, da nur in der Zwangsvollstreckungsinstanz entschieden werden kann, in welchem Umfange der Erbe seine Haftung beschränken kann. Der Erbe hat sodann das Recht, die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeit oder des noch nicht berichtigten Teiles derselben zu verweigern, durch Klage nach § 767 geltend zu machen und zu deren Begründung durch Rechnungslegung über die Verwaltung des Nachlasses darzutun, daß zur Befriedigung bzw. Vollbefriedigung der Nachlaß nicht mehr ausreicht, und zwar des näheren:

a) gegenüber einer Zwangsvollstreckung in den Nachlaß, daß dieser zur Berichtigung einer rechtskräftig erstrittenen Forderung zu verwenden sei (§ 1991 Abs. 3 BGB.), oder daß der Gläubiger nach § 1991 Abs. 4 BGB. nur konkursmäßige Befriedigung zu fordern habe;

b) gegenüber einer Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen, daß der Nachlaß erschöpft sei.

2. (§ 807.) LG. Bautzen, SächsA. **13** 114: Der unter Vorbehalt der beschränkten Haftung nach § 780 verurteilte Erbe muß den Offenbarungseid hinsichtlich seines gesamten, nicht bloß hinsichtlich des ihm vom Erblasser zugefallenen Vermögens leisten. Seine auf §§ 1975 ff. BGB. gegründeten Einwendungen muß er nach § 785 im Klagewege (§§ 767, 769, 770) verfolgen.

§ 788. OLG. Dresden, Darmstadt, Jena, Hamburg, SächsA. **14** 403, HessRspr. **5** 54, ThürBl. **51** 88, HansGerZ. **04** Beibl. 4: Eine Festsetzung der Zwangsvollstreckungskosten ist nicht ausgeschlossen.

§ 792. OLG. **6** 400 (Breslau): Da auf die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft die Vorschriften der Versteigerung zum Zwecke der Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung finden (§ 180 ZVG.),

so hat auch der Gläubiger für den Fall der Zwangsversteigerung zwecks Auseinandersetzung das Recht, einen Erbschein von der zuständigen Behörde zu verlangen.

§ 793. 1. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **28** 137: Beweisbeschlüsse im Zwangsvollstreckungsverfahren sind keine Entscheidungen im Sinne des § 793.

2. **RG.** SeuffA. **59** 169: § 793 findet auf Entscheidungen, welche die Zwangsvollstreckung erst vorbereiten, keine Anwendung. Solche Entscheidung ist der Beschluß, durch den die Umschreibung der Vollstreckungsklausel abgelehnt wird. Vgl. JDR. **1** § 793 Nr. 1.

3. **RG.** R. **04** 21 u. OLG. Karlsruhe, R. **04** 255: Gegen die Erteilung von Rechtskraftszeugnissen und vollstreckbarer Ausfertigungen von Urteilen, Vergleichen rc., sowie gegen die Entscheidung über eine Einwendung gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel findet keine sofortige Beschwerde aus § 793 statt, da diese Akte das Zwangsvollstreckungsverfahren erst vorbereiten.

4. OLG. Marienwerder, PosMschr. **04** 97: Will der Schuldner die Zulässigkeit der Zwangsversteigerung (Zwangsverwaltung) bestreiten, muß er zunächst nach § 766 Erinnerung erheben; erst gegen den diese abweisenden Beschluß findet die Beschwerde nach § 793 statt.

5. OLG. **9** 121 (Marienwerder): Gegen die Aufstellung des Teilungsplanes als einer Entscheidung im Zwangsverfahren kann jeder Gläubiger sofortige Beschwerde einlegen; § 878 steht nicht entgegen.

6. **RG.** JW. **03** 99: Auch wenn die Entscheidung sich äußerlich als Urteil darstellt, findet nicht Berufung, sondern sofortige Beschwerde statt. Vgl. auch OLG. Colmar, Buschs Z. **32** 372, R. **03** 214.

§ 794. 1. Nr. 1. a) OLG. **6** 8 (Karlsruhe): Ob einem Abkommen die rechtliche Natur eines gerichtlichen Vergleichs zukommt, entscheidet sich nach § 779 BGB., der die wesentlichen Begriffsmerkmale jedes Vergleichs feststellt. Der Gebrauch des Wortes „Vergleich" ist unerheblich. Ein gerichtlicher Vergleich des Inhalts, daß das materielle Rechtsverhältnis der Parteien so angesehen werden solle, als ob der Rechtsstreit nie anhängig geworden sei, ist statthaft. Vgl. oben zu § 779 BGB. Ziff. 7b.

b) OLG. **6** 130, SeuffA. **58** 424 (Hamburg): Der in Erledigung einer nach § 627 ZPO. im Laufe eines Scheidungsprozesses beantragten einstweiligen Verfügung geschlossene Vergleich über Unterhaltsbeiträge betrifft einen „Gegenstand" des vorliegenden „Rechtsstreits", fällt deshalb unter § 794 Abs. 1 Ziff. 1.

c) OLG. Dresden, SeuffA. **59** 170: Ein Vergleich, der nach §§ 1822 Nr. 12, 1829 BGB. der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, wird, wenn er gemäß § 794 Abs. 1 Ziff. 1 vor einem deutschen Gericht geschlossen wird, erst mit der Genehmigung wirksam.

d) OLG. Colmar, R. **03** 433: Stellt das Gericht lediglich zum Sitzungsprotokoll fest, daß die Parteien eine über ihren außergerichtlichen Vergleich errichtete Urkunde vorgelegt haben, so liegt kein von dem Gericht abgeschlossener Vergleich im Sinne des § 794 Abs. 1 vor.

e) LG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 121: Der „Vergleich" in Privatklagesachen ist kein Vollstreckungstitel im Sinne des § 794 Ziff. 1.

f) Kehl, BadRpr. **03** 136, weist darauf hin, daß in Privatklagesachen, wenn auch kein vollstreckbarer Vergleich, so doch eine vollstreckbare Urkunde nach § 794 Ziff. 5 aufgenommen werden könne, freilich nicht in Baden wegen des Ausschlusses gerichtlicher Urkunden nach badischem Rechte.

Über die Frage, ob ein Vergleich aus § 794 Ziff. 1 Grundlage für eine Vollstreckung gemäß § 894 sein kann, vgl. dort unter II.

2. Nr. 3. a) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 186, NaumbAK. **04** 58: Ein nach § 99 Abs. 3 ZPO. der sofortigen Beschwerde unterliegendes Kostenurteil ist keine „Entscheidung" im Sinne der Ziff. 3. Es ist daher, sofern es nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt ist, vor eingetretener Rechtskraft nicht vollstreckbar (§§ 704, 705).

Abweichend Gaupp-Stein (4) § 704 I Ziff. 4; Struckmann-Koch (7) § 794 Anm. 3.

b) Linsmayer, R. **03** 234: Versäumnisurteile über die Kosten sind nicht nach § 794 Ziff. 3 vollstreckbar.

c) Dagegen: Pogge, DJZ. **04** 115: Kostenurteile sind nach §§ 794 Ziff. 4, 99 Abs. 3 kraft Gesetzes vorläufig vollstreckbar. Sie können deshalb nicht nach §§ 708, 709 für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Vgl. auch LG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 144 und JDR. **1** § 794 Nr. 4.

3. Nr. 5. a) SächsOLG. **25** 130: Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ist unwirksam bei Urkunden, in denen ohne Anerkennung einer bereits bestehenden bestimmten Geldschuld nur eine Höchstbetragshypothek bestellt und die Unterwerfung wegen der Summe erklärt wird, die der Gläubiger einmal zu zahlen hat, da eine solche Urkunde nicht die Zahlung einer bestimmten Geldsumme zum Gegenstande hat. Vgl. JDR. **1** § 794 Nr. 5 b.

b) OLG. **9** 123 (Dresden): Trotz des Vorhandenseins einer vollstreckbaren Urkunde darf der Gläubiger auch noch die Leistungsklage verfolgen, wenn für ihn aus einem zureichenden Grunde, z. B. dem bestreitenden Verhalten des Schuldners (§ 732) ein Interesse an der Klagerhebung besteht.

c) BayObLG., R. **04** 606: Trotz Vorliegens einer vollstreckbaren Urkunde für den Anspruch kann der Gläubiger den Anspruch jedenfalls dann im Klagewege verfolgen, wenn er sich die Vollstreckungsklausel noch nicht hat erteilen lassen.

§ 797. Literatur: Dorst, Die vollstreckbare Ausfertigung von Notariatsurkunden, RheinNotZ. 48 255 f. (Inhaltlich berücksichtigt bei §§ 726 und 727).

1. Abs. 1. a) *Josef, ZBlFrG. **4** 172: Ersucht das Vormundschaftsgericht ein anderes Gericht um Aufnahme einer vollstreckbaren Urkunde des Erzeugers über seine Vaterschaft und seine Unterhaltsverpflichtung, so ist die vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde nicht vom Vormundschaftsgericht, sondern vom Gerichtsschreiber des ersuchten Gerichts zu erteilen; denn dieses hat die Urkunde „aufgenommen". — Ebenso: BayObLG., SeuffA. **58** 339, Falkenstein, DJZ. **04** 860.

b) Dagegen: Schmale, R. **03** 480, Schäfer, DJZ. **04** 1078: Die vollstreckbare Ausfertigung der von einem ersuchten Gericht aufgenommenen gerichtlichen Urkunden ist von dem ersuchenden Gerichte zu erteilen. — Ebenso: BayObLG., SeuffBl. **03** 146, R. **03** 108.

2. Abs. 2. a) *Jastrow, FormB. (14) I § 797 Anm. 1 c u. d und Anm. 4 (237 ff.): Die vollstreckbare Ausfertigung vollstreckbarer Notariatsurkunden darf der Notar, wenn der Gläubiger bei der Errichtung nicht mitgewirkt hat, nur auf Antrag des Schuldners erteilen.

Die Anfechtung ablehnender notarieller Bescheide richtet sich nach Landesrecht. In Preußen findet der Antrag auf Entscheidung durch das Landgericht statt.

Von Notariatsurkunden, die bei Gericht verwahrt werden, hat das Gericht, nicht der Gerichtsschreiber die vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen.

b) OLG. Posen, R. **03** 46: Gegen die Versagung der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung seitens eines Notars findet nicht die sofortige Beschwerde aus § 793 ZPO., sondern das Verfahren aus Art. 51 PrFGG. statt. Vgl. JDR. **1** § 797.

3. Wegen der Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen bei Urkunden mit kassatorischer Klausel vgl. zu § 726.

4. Abs. 5. *Schäfer, SeuffBl. **04** 135, führt im Gegensatze zu früheren reichsgerichtlichen Entscheidungen und zu der Entscheidung **RG.** SeuffA. **59** 292, JW. **04** 70, Gruchots Beitr. **48** 404 aus, daß für Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel zu einem vor dem Prozeßgerichte abgeschlossenen Vergleiche dieses Gericht und nicht jenes, bei welchem der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, zuständig sei.

§ 798. 1. OLG. Königsberg, PosMschr. **03** 154, OLG. **9** 124, Seuff. A. **58** 376, NaumbAK. **03** 76: Die Frist ist eine nach § 222 ZPO., § 187 BGB. zu berechnende Tagesfrist, keine 24-Stundenfrist. Ebenso: Mangler, SächsA. **13** 623.

2. *Jastrow a. a. O. § 798 Anm. 3c, 239: Wird die öffentliche Zustellung einer vollstreckbaren Notariatsurkunde oder die Zustellung im Auslande erforderlich, so ist für die gerichtlichen Verrichtungen hierbei das im § 797 Abs. 3 ZPO. bestimmte Gericht für zuständig zu erachten.

§ 800. 1. BayObLG. **4** 150: Das Recht der sofortigen Zwangsvollstreckung gemäß § 800 kann nur mit einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld verbunden werden. In Ansehung einer persönlichen Forderung den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen, ist unmöglich. Zur Eintragung der Unterwerfung bedarf es keines Nachweises über die Zustimmung des Hypothekars (§ 19 GBO.). Vgl. OLG. **6** 401, ZBlFrG. **4** 625.

2. KG., RJA. **4** 270, PosMschr. **04** 141: Die Unterwerfungsklausel ist in das Grundbuch selbst einzutragen. Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ist aber zur näheren Bezeichnung des Inhalts der Klausel — insbesondere der Fälle, in denen sofortige Zwangsvollstreckung zulässig sein soll — nicht ausgeschlossen.

3. a) OLG. **7** 354 (KG.), R. **04** 22: Der Gebrauch der Worte des § 800 für die Formel der Eintragung der Unterwerfung ist zwar zweckmäßig, aber nicht notwendig. Die Fassung: „die jeweiligen Eigentümer unterliegen der sofortigen Zwangsvollstreckung" genügt.

b) Dagegen genügt nicht (KG., RJA **3** 94): „Wegen aller Zahlungsverpflichtungen ist aus der Urkunde vom . . . die sofortige Zwangsvollstreckung zulässig".

4. *Wilhelm, DJZ. **04** 1082: Die Vormerkung des Anspruchs auf die Zwangsvollstreckungsklausel hat Bedeutung bei der Eintragung der Höchstbetragshypothek für den Fall ihrer späteren Umwandelung in die Hypothek zu bestimmtem Betrage. Da die Zwangsvollstreckungsklausel als prozessuales Recht nicht zu den Rechten an Grundstücken im Sinne des § 883 BGB. zählt, so läßt sich eine Vormerkung des Anspruchs auf die Klausel nur vom Gesichtspunkte der Änderung des Inhalts eines Rechtes rechtfertigen. Das Recht, zu dessen Inhalt die Klausel gehört, ist aber nicht die Höchstbetragshypothek, bei welcher die Klausel unzulässig erscheint, sondern die später umgewandelte Hypothek mit bestimmtem Betrage, von welcher die Klausel nur einen unselbständigen Bestandteil bildet. Deshalb kann der Anspruch auf die Zwangsvollstreckungsklausel nicht für sich allein vorgemerkt werden, sondern nur gleichzeitig mit der Vormerkung auf Umwandelung der Höchstbetragshypothek in die Hypothek zu bestimmtem Betrage.

§ 802. Über die Wirksamkeit von gerichtlichen Pfändungen, die durch ein unzuständiges Gericht erfolgen, s. u. Ziff. 1 § 828.

Zweiter Abschnitt. Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.

Erster Titel. Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.

I. Allgemeine Bestimmungen.

§ 803. Literatur: Mothes, Die Beschlagnahme nach Wesen, Arten und Wirkungen. Leipzig 1903. — Riedinger, Der Besitz an gepfändeten Sachen ꝛc., vgl. zu § 753.

1. *Herr, JheringsJ. **46** 253: Ist der Beklagte auf die Klage des Ehemanns verurteilt, eine zum eingebrachten Gute gehörige Forderung an die Ehefrau des Klägers oder an beide Ehegatten gemeinschaftlich zu zahlen, so findet Zwangsvollstreckung gemäß §§ 803ff., nicht nach § 887 statt. Lautet das Urteil auf Zahlung an den Ehemann unter Zustimmung der Ehefrau, so greift § 726 Abs. 1 Platz.

2. LG. Halle, NaumbAK. **03** 70: Ein Urteil, das auf Sicherheitsleistung durch Barhinterlegung lautet, ist nach §§ 803 ff., nicht nach § 887 zu vollstrecken.

Vgl. ebendort ältere Literatur, sowie JDR. **1** § 803 Nr. 1.

§ 804. 1. *Riedinger 42: Das Pfändungspfandrecht ist nicht ein kraft Gesetzes entstandenes im Sinne des § 1257 BGB. (gegen Neukamp, ZPO. § 803). Soweit aber die ZPO. keine Sonderbestimmung enthält, sind die Sätze des BGB. über das gesetzliche Pfandrecht anzuwenden.

2. *Mothes 83: Ein gutgläubiger Erwerb des Pfändungspfandrechts findet nicht statt. Vgl. JDR. **1** § 804 Nr. 2, 3.

3. OLG. Köln, RheinA. **04** I 96: Der § 1208 BGB. findet auf das Pfändungspfandrecht keine Anwendung.

4. *Käb, SeuffBl. **03** 453: Die Pfändung einer Sache, die der Gläubiger als mit Eigentumsvorbehalt behaftet bezeichnet, behufs zwangsweiser Beitreibung des Kaufschillings ist unzulässig, wie sich aus § 804 Abs. 1 u. 2 ZPO. im Zusammenhalte mit §§ 1207, 932 BGB. ergibt. Die Annahme, durch die Erteilung des Pfändungsauftrags verzichte der Gläubiger auf seinen Eigentumsvorbehalt, erscheint rechtlich nicht haltbar. Der Gerichtsvollzieher, welcher die Pfändung einer mit Eigentumsvorbehalt des Gläubigers behafteten Sache ablehnt, handelt nicht nur den bestehenden Gesetzen und Verordnungen gemäß, sondern zugleich auch im wohlverstandenen Interesse seines Auftraggebers, da diesem mit einer derartigen Pfändung und Versteigerung in Wirklichkeit gar nicht gedient wäre, ihm vielmehr nur Weitläufigkeiten verursacht würden und Kosten erwüchsen, zu deren Erstattung der Schuldner nicht verpflichtet wäre.

5. **RG. 57** 323, JW. **04** 263; OLG. **7** 300, SächsOLG. **25** 476, SeuffA. **59** 425 (Dresden): Das Vollstreckungspfandrecht erlischt, wenn der Gläubiger die Beseitigung der Pfandzeichen an den im Besitze des Schuldners verbliebenen Pfandsachen gestattet. Dabei ist gleichgültig, ob der Gläubiger auf das Pfandrecht verzichten will oder es sich vorbehält. Ebenso erlischt das Pfändungspfandrecht, wenn der Gläubiger in die Übergabe der Sache an einen Dritten einwilligt. Daß für das Faustpfandrecht des Bürgerlichen Rechtes andere Grundsätze maßgebend sind, ändert hieran nichts.

6. *Mothes 27, 83: Nach Aufhebung des Vollstreckungstitels dauert das Pfändungspfandrecht nicht fort.

§ 805. 1. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 5, OLG. **9** 298, NaumbAK. **04** 81; OLG. Köln, RheinA. **04** I 96, Puchelts Z. **35** 39: Der Vermieter hat nicht das Recht, der auf Grund eines Pfändungspfandrechts erfolgenden Fortschaffung und Versteigerung der eingebrachten Sachen des Mieters zu widersprechen. Er hat lediglich die Vorzugsklage aus § 805, ist hiermit aber

nicht auf die Monatsfrist des § 561 Abs. 2 BGB. beschränkt. A. M. Gaupp-Stein (6/7) § 805 II 6. Vgl. JDR. **1** § 805 Nr. 2 und besonders JDR. **3** Ziff. 2 zu § 561 BGB.

2. *Mothes 84: Ein Vorzugsrecht im Sinne des § 805 wird auch durch die Beschlagnahme nach § 14 Vereinszollges. begründet.

Dagegen begründet die Vermögensbeschlagnahme nach § 332 StPO., § 360 MStGO. kein Vorzugsrecht, ebensowenig die vorläufige Beschlagnahme nach § 176 Reichsbeamtenges. (85).

3. OLG. Köln, RheinA. **04** I 96; OLG. Stettin, PosMschr. **04** 52: Nach Beendigung der Zwangsvollstreckung steht dem bevorrechtigten Gläubiger, der die Klage aus § 805 versäumt hat, noch der Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung zu.

§ 807. Literatur: Bondi, Der Offenbarungseid nichtprozeßfähiger Schuldner, BuschsZ. 32 221 ff.

1. a) LG. Bromberg, PosMschr. **04** 12: Zur Durchführung des Offenbarungseidsverfahrens gegen eine Ehefrau ist nicht erforderlich, daß der Mann zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut verurteilt ist.

b) OLG. Jena, ThürBl. **51** 219; OLG. Frankfurt, FrankfRdsch. **37** 88; LG. Halle, NaumbAK. **03** 52: Auch auf Grund eines Arrestbefehls kann die Leistung des Offenbarungseides verlangt werden. A. M. Merkel, Arrest 168, Neumann, ThürBl. **48** 4. Vgl. JDR. **1** § 807 Nr. 1b.

2. OLG. Dresden, SeuffA. **58** 292: Der Gläubiger, der von seinem Schuldner nach § 807 ZPO. die Leistung des Offenbarungseides verlangt, hat nur darzutun, daß eine Pfändung von beweglichen körperlichen Sachen des Schuldners zu seiner Befriedigung nicht geführt habe. Der Versuch einer Befriedigung aus sonstigen Vermögensgegenständen des Schuldners, insbesondere aus Forderungen, ist nicht nachzuweisen; hat aber der Gläubiger Forderungen oder andere Vermögensrechte des Schuldners pfänden lassen, so muß er deren Uneinbringlichkeit oder Unverwertbarkeit glaubhaft machen, ehe er befugt ist, die Offenbarung des Vermögens zu verlangen.

3. a) LG. Dresden, SächsA. **14** 132: Den Offenbarungseid für eine Aktiengesellschaft hat der tatsächlich bestellte Vertreter derselben zu leisten, einerlei, ob er im Handelsregister eingetragen ist oder nicht.

b) *Bondi 221 folgt der allgemeinen Ansicht, wonach für einen nichtprozeßfähigen Schuldner der gesetzliche Vertreter zum Offenbarungseide verpflichtet ist und ev. der Haftandrohung des § 901 ZPO. unterliegt. Im einzelnen führt Bondi folgendes aus: Die Schwurpflicht findet ihre natürliche Grenze in dem Umfange der Vertretungsmacht. Schwurpflichtig ist derjenige gesetzliche Vertreter, der diese Eigenschaft zur Zeit der Leistung des Offenbarungseides besitzt. Auch bei Verlust der Vertretungsmacht während des Offenbarungseidsverfahrens fällt daher die Schwurpflicht weg. Mehrere gesetzliche Vertreter sind sämtlich zum Offenbarungseide verpflichtet. § 473 Abs. 2 und § 474 ZPO. sind nicht anwendbar. Bei offenen Handelsgesellschaften sind sämtliche Gesellschafter zum Offenbarungseide verpflichtet, auch die von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossenen, denn in diesem Falle sind sämtliche Gesellschafter Träger der Schuldnerrolle. Im Liquidationsstadium sind sowohl sämtliche Gesellschafter als auch die Liquidatoren zum Offenbarungseide verpflichtet.

4. a) **RG.** (Strafs.) SeuffBl. **03** 542: Der Eidespflichtige muß nicht nur diejenigen Vermögensstücke angeben, die ihm augenblicklich einfallen, sondern er ist verpflichtet, sein Gedächtnis nach Möglichkeit anzustrengen und die nach vernünftigem Ermessen gebotenen Ermittelungen und Nachforschungen anzustellen, um sich über den Bestand des Vermögens Klarheit zu verschaffen.

b) Keidel, SeuffBl. **03** 25: Die uneheliche Mutter, welche Ansprüche gegen den Erzeuger ihres Kindes hat, ist im Offenbarungseidsverfahren verpflichtet, den Namen des Erzeugers zu nennen.

c) LG. I Berlin, KGBl. **03** 29: Hat der Schuldner in dem von ihm beschworenen Vermögensverzeichnis in betreff seiner Forderungen den Grund und die Beweismittel nicht bezeichnet, so kann er zwecks Ergänzung des Verzeichnisses nochmals zur Leistung des Offenbarungseides angehalten werden. Eine weitergehende Auskunft bezüglich der Forderungen kann vom Gläubiger nur gemäß § 836 Abs. 3 ZPO. nach Pfändung und Überweisung im Klageweg erzwungen werden.

Vgl. LG. Bromberg, PosMschr. **04** 116; vgl. auch u. zu § 903.

5. Ermel, DIZ. **03** 427: Dritte Personen haben nur Anspruch auf Einsicht des beschworenen Vermögensverzeichnisses, nicht auf Erteilung einer Abschrift desselben (vgl. o. Ziff. I 2 zu § 299 ZPO.).

II. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen.

§ 808. 1. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 161: § 808 bestimmt nur, auf welche Weise die Pfändung der im Gewahrsame des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen bewirkt wird, nicht dagegen, unter welchen Voraussetzungen eine solche Pfändung zulässig ist. Auf Grund eines nur gegen die Ehefrau erwirkten vollstreckbaren Titels dürfen deshalb körperliche Gegenstände, welche zum Gesamtgute gehören, selbst dann nicht gepfändet werden, wenn sie im Gewahrsame der Ehefrau sich befinden (§ 740). Vgl. zu § 740 Nr. 4.

2. LG. I Berlin, KGBl. **03** 110: Der Gerichtsvollzieher darf sich dadurch, daß ein Dritter ihm den beizutreibenden Betrag „zur Hinterlegung" übergibt, um die Pfändung der in seinem Eigentume stehenden Gegenstände zu verhindern, nicht von der Pfändung abhalten lassen.

3. OLG. Bamberg, SeuffA. **58** 124: Eine Pfändung der im Eigentume des Gläubigers stehenden Sachen ist ausgeschlossen. Der Gerichtsvollzieher, dem bekannt ist, daß die vom Gläubiger als pfändbar bezeichneten Sachen im Eigentume des Gläubigers stehen, darf die Pfändung nicht vornehmen.

4. a) OLG. Colmar, R. **04** 555, PucheltsZ. **35** 713: Als Gewahrsam gilt nur der unmittelbare, nicht auch der mittelbare Besitz. Ebenso: Koch, DIZ. **04** 453.

b) Schönfeld, DIZ. **04** 636: Gewahrsam bezeichnet nicht den „unmittelbaren" Besitz im Sinne des BGB.; er ist kein Rechtsbegriff, sondern er ist ein in die Augen fallender Umstand und bedeutet die wahrnehmbare Möglichkeit der Verfügung über eine Sache.

5. LG. II Berlin, KGBl. **03** 19: Wohnen Mann und Frau in denselben Räumen, so besteht die tatsächliche Vermutung, daß alle in diesen Räumen befindlichen Gegenstände sich im Gewahrsam des Mannes als des Haushaltungsvorstandes befinden, auch dann, wenn die Frau die Räume gemietet hat, und ihren Namen an den Räumen hat anbringen lassen.

6. a) Hinsichtlich der Besitzverhältnisse an gepfändeten Sachen gelangt *Riedinger vom Standpunkt der von ihm vertretenen Amtstheorie (vgl. zu § 753 Nr. 2) aus zu folgenden Ergebnissen:

Bei der Pfändung durch Wegnahme nach Abs. 1 ist der Staat unmittelbarer Besitzer der gepfändeten Sachen, der Gerichtsvollzieher Besitzdiener des Staates, der Schuldner mittelbarer Besitzer. Der Gläubiger hat gar keinen Besitz (7 ff.). Bei der Pfändung durch Signierung nach Abs. 2 hat

nur der Schuldner Besitz, aber weder der Gerichtsvollzieher, noch der Staat, noch der Gläubiger (67).

b) Anders *Mothes 103: Durch die Pfändung wird der Gerichtsvollzieher unmittelbarer Besitzer, der Gläubiger mittelbarer Besitzer ersten, der Schuldner zweiten Grades. Bleibt das Pfand im Gewahrsam des Schuldners, so ist dieser zugleich unselbständiger Inhaber.

7. a) LG. Koblenz, DJZ. **03** 204: Die Pfändung durch Siegelung muß derart ersichtlich gemacht werden, daß sie auch jedem Dritten bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit erkennbar ist. Ebenso: Mothes 27. Vgl. JDR. **1** § 808 Nr. 2.

b) OLG. Posen, PosMschr. **03** 11: Eine Pfändung von Viehstücken kann nur dann als rechtswirksam erachtet werden, wenn sie durch eine Signatur, die das Tier mit sich herumträgt, z. B. Anbringung einer Marke an den Hörnern, oder an einem sonstigen Körperteil, erfolgt ist.

c) OLG. **7** 355, R. **04** 22 (Colmar): Es genügt jede deutlich erkennbare Wiedergabe des Amtssiegels, also auch der Farbenstempel.

8. Über Erlöschen des Pfandrechts bei Wegnahme der Pfandzeichen vgl. oben § 804 Nr. 5.

§ 809. Literatur: Rintelen, Exekution auf Sachen in fremdem Gewahrsam und auf Leistungsansprüche, ÖstAGZ. **03** Nr. 10, 11, 12.

1. Rintelen 83: Hat sich der Dritte einem Gläubiger gegenüber zur Herausgabe bereit erklärt, so gilt diese Erklärung auch für alle anschlußpfändenden Gläubiger. Denn das Verkaufsverfahren in Ansehung des Pfandstücks ist ein einheitliches. Deshalb ist es auch unerheblich, wenn nachträglich jener erste Gläubiger die Exekution einstellt.

Abweichend: LG. Graudenz, PosMschr. **03** 95.

2. Weigelin, R. **03** 260: Hat der Schuldner eine Sache, um sie der Zwangsvollstreckung zu entziehen, zum Scheine veräußert und dem Scheinerwerber übergeben, so empfiehlt sich für den Gläubiger, nicht die Klage auf Feststellung des Scheinerwerbes zu erheben, sondern den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache zu pfänden.

Ist das durch die Scheinveräußerung verdeckte Geschäft ein Verwahrungsvertrag, so kann der Gläubiger die sofortige Herausgabe der Sache an den Gerichtsvollzieher verlangen (§§ 695, 1283 Abs. 3 BGB.); ist das Geschäft ein Miet- oder Gesellschaftsvertrag, so muß der Gläubiger den Vertrag nach § 3 Ziff. 1 oder 2 AnfG. anfechten.

§ 810. Literatur: Mettier, Die Pfandhaftung der Früchte einer Immobilie, Zürich 1904.

*Mettier: Abs. 1. Soweit das Gesetz eine solche Pfändung zuläßt, ist dazu allein befugt der Gläubiger des Fruchtbezugsberechtigten unter der Voraussetzung, daß der Berechtigte oder ein zur Herausgabe der Früchte bereiter Dritter diese in seinem Gewahrsam habe. Daraus ergibt sich, daß ein Pächter, der sich im Besitz des Pachtgrundstücks befindet, gegen eine derartige Pfändung zugunsten einer Schuld des Verpächters Einwendungen gemäß § 766 betreffend die Art und Weise der Zwangsvollstreckung erheben kann, da solchenfalls die Vorschriften über den Gewahrsam nicht gewahrt wurden.

Abs. 2. Macht der Pfandgläubiger von dem nach § 810 Abs. 2 ihm zustehenden Rechte keinen Gebrauch, erwirkt er aber die Beschlagnahme, bevor noch die gepfändeten Früchte veräußert und vom Grundstücke entfernt worden sind, so hat er auf Grund seines Pfandrechts, wenn dasselbe älter ist als das Pfandrecht des pfändenden Gläubigers, gemäß § 805 ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös derselben. Dieses Recht steht ihm aber

nicht zu auf Grund der Beschlagnahme, sondern auf Grund seines Pfandrechts. Es ist somit die Frage, ob dem Hypothekargläubiger — wenn er von seinem Rechte der Widerspruchsklage gemäß § 810 keinen Gebrauch gemacht hat — eine Klage gegen den dritten Erwerber zustehe, nach bürgerlichem Rechte zu entscheiden.

§ 811. Literatur: Dronke, Zu den Begriffen „Hausstand" und „Familie", RheinARB. **03** 39.

I. Allgemeines.

1. OLG. Frankfurt, R. **04** 170; LG. Darmstadt, HessRspr. **3** 4: Ein Verzicht des Schuldners auf die Unpfändbarkeit ist unverbindlich. Ebenso Fuld, Soziale Praxis **12** 127. Vgl. JDR. **1** § 811 I 2b.

2. OLG. **7** 303, PosMSchr. **03** 116 (Posen): Die Voraussetzungen der Unpfändbarkeit sind allein nach der Sachlage zur Zeit der Pfändung zu prüfen.

Dagegen: OLG. Zweibrücken, PfälzRpr. **1** 61: Für die Frage der Unpfändbarkeit wegen Unentbehrlichkeit sind auch die vom Augenblicke der Pfändung bis zur Versteigerung eingetretenen veränderten Umstände maßgebend, wenn diese vom Schuldner nicht willkürlich oder arglistig herbeigeführt sind.

3. *Mothes 25, 83: Pfändet der Gerichtsvollzieher unpfändbare Sachen, o entsteht kein Pfandrecht, wohl aber wird eine Verstrickung begründet.

4. Stein, Voraussetzungen des Rechtschutzes 64: Die Unpfändbarkeit kann nicht mit der Besitzstörungsklage, sondern nur gemäß § 766 ZPO. geltend gemacht werden.

II. Nr. 1. 1. OLG. **7** 306, PosMschr. **03** 11 (Posen): Durch den längeren Nichtgebrauch der im Gewahrsam des Gläubigers gepfändeten Gegenstände wird die Anwendung des § 811 Nr. 1 und Nr. 5 zugunsten des Schuldners nicht ausgeschlossen, mag der Schuldner wider seinen Willen des Besitzes entsetzt worden sein oder freiwillig die Pfänder bei dem Gläubiger belassen haben.

2. LG. Köln, Buschs Z. **31** 520: Nicht zum „Hausstande" gehören die wirtschaftlich selbständigen Angehörigen. Die ihnen zum Gebrauch überlassenen Haushaltungsgegenstände des Schuldners sind pfändbar. Ebenso Dronke a. a. O.

3. OLG. Marienwerder, R. **04** 606: Für die Frage der Unentbehrlichkeit des Mobiliars sind nicht nur die dem Schuldner eigentümlich gehörigen Stücke zu berücksichtigen, sondern auch die auf Grund eines sog. Möbelleihvertrages z. Z. der Pfändung vom Schuldner besessenen Möbel.

4. Im einzelnen.

a) OLG. **7** 306, SächsOLG. **25** 92 (Dresden): Nach den modernen Verkehrsanschauungen ist ein Sofa unentbehrlicher Bestandteil des den Verhältnissen eines Bäckers angemessenen Hausstandes.

b) LG. Rostock, Buschs Z. **31** 338: Für unpfändbar erklärt ist der für ein zu erwartendes Kind bestimmte Kinderwagen.

c) α. OLG. **6** 139 (Dresden): Unpfändbar ist eine Nähmaschine jedenfalls dann, wenn die Familie der Schuldnerin, einer Ehefrau, aus 7 Personen besteht und die Schuldnerin die sonstigen ihr obliegenden Verpflichtungen zu Arbeiten im Hauswesen und der Wirtschaft nicht erfüllen könnte, falls sie sämtliche für ihre starke Familie erforderlichen Näharbeiten bloß mit der Hand anfertigen müßte.

β. LG. Halle, NaumbAK. **04** 23, erklärt eine Nähmaschine schon bei einem Haushalte bestehend aus den Eltern und zwei Kindern für unpfändbar.

III. Nr. 2. Über den Begriff „Familie" im Sinne der Nr. 2, 3, 10 und 12 vgl. Dronke a. a. O.

SächsOLG. **25** 249: Die Vorschriften des § 811 Nr. 2 über die Unpfändbarkeit gewisser Geldbeträge sind auf die entsprechenden Forderungen des

Schuldners zu übertragen. Der dem § 811 zugrunde liegende Gedanke, daß der Schuldner nicht des Notdürftigsten beraubt werden soll, läßt es nicht zu, den obersten Entscheidungsgrund allenthalben in dem nur zufälligen Umstande zu suchen, ob zum Vermögen des Schuldners der unpfändbare Leistungsgegenstand selbst oder der Anspruch auf dessen Erlangung gehört. Diesem Grundgedanken entspricht es, die Pfändbarkeit eines Anspruchs, der eine bewegliche, körperliche Sache betrifft, zu verneinen, wenn die Sache selbst der Pfändung nicht unterworfen ist. Eine derartige Anspruchspfändung hat ja nur den Zweck, mittelbar ein Pfandrecht an der Sache selbst zur Entstehung zu bringen.

IV. Nr. 5. 1. OLG. Braunschweig, BraunschZ. **04** 95: Für die Unpfändbarkeit gemäß § 811[5] ist unerheblich, ob die Gegenstände Eigentum des Schuldners sind. Vgl. JDR. **1** § 811 IV 13.

2. Kroschel, R. **04** 500: Werden Gegenstände, die sich im Besitze des Schuldners befinden, als unentbehrlich erkannt, so sind ihm diese Gegenstände zu belassen, auch wenn sie besonders wertvoll sind (z. B. eine goldene Uhr) und geringwertigere Gegenstände denselben Zweck erfüllen würden. Ebenso LG. u. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 312.

3. Erwerb aus persönlichen Leistungen.

a) α. OLG. **7** 308, SächsOLG. **25** 90 (Dresden): Die „sonstigen persönlichen Leistungen" müssen nicht in gewöhnlicher ungelernter körperlicher Arbeit bestehen; sie können auch höherer Art, insbesondere kaufmännische Dienste sein, welche der Verpflichtete in Person zu leisten hat. Andernfalls hätte es ihrer Erwähnung neben der Handarbeit nicht besonders bedurft. Daher ist für unpfändbar erklärt: das Fahrrad, dessen ein Provisionsreisender zum Besuche seiner Kunden bedarf. Vgl. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 312.

β. Dagegen KG., OLG. **7** 351, SeuffA. **59** 213, R. **03** 580, OLG. Posen, PosMschr. **03** 179, OLG. Frankfurt, R. **04** 255: Kaufleute gehören, gleichgültig, ob sie Voll- oder Minderkaufleute sind, nicht zu den durch § 811 Nr. 5 geschützten Personen, da bei ihnen das Merkmal körperlicher Arbeit nicht zutrifft. Vgl. JDR. **1** § 811 IV 7 b δ.

OLG. Rostock, MecklZ. **21** 234, SeuffA. **58** 293: In der Rechtssprache setzen „Leistungen" begrifflich einen Empfänger voraus; man wird daher den Sinn der Ziff. 5 am sichersten treffen, wenn man hinter „persönlichen Leistungen" ergänzt „an andere". Danach fällt die Ausübung des Handels nicht unter § 811 Ziff. 5.

b) Hierher gehören ferner:

α. Fuhrleute, OLG. **6** 139 (Posen), auch sog. Botenfuhrleute, HessRspr. **4** 105;

β. Schaubudenbesitzer, OLG. Köln, R. **04** 142 (Kinematograph) — LG. Gießen, HessRspr. **4** 107 (Transportwagen);

γ. eine Ehefrau, die an Stelle des arbeitsunfähigen Mannes durch Näharbeiten für den Unterhalt der Familie sorgt, OLG. Darmstadt, HessRspr. **3** 2.

c) Nicht hierher gehören:

α. Karussellbesitzer. LG. Gießen, BuschsZ. **33** 545;

β. Hausierer, Lumpensammler. OLG. Frankfurt, R. **04** 80;

γ. Inhaber von Pensionaten. OLG. Posen, PosMschr. **03** 179.

d) Hinsichtlich der Vermieter möblierter Zimmer sagt OLG. Frankfurt, OLG. **7** 352: Sie gehören hierher, wenn das Moment des Erwerbes durch persönliche Dienstleistungen den Erwerb aus der gewerblichen Einrichtung übersteigt. Dagegen: OLG. Köln, R. **04** 505 und *Conrades, R. **04** 163: Beim Vermieten möblierter Zimmer ist die Bedienung Nebensache, die Möbel sind daher nicht Mittel oder Werkzeug zur Verwertung der Arbeit, wie in den Fällen

des § 811[5] ZPO., sondern das Betriebskapital für das Gewerbe des Abvermietens von Wohnräumen. Der Gewinn hieraus ist so erheblich, daß die Bedienung vielfach durch ein dazu angenommenes Gesinde erfolgt. Die Bedienung ist auch kein Beruf, wie die im § 811[5] erwähnten. Risiko, Ausgaben und Einnahmen der Zimmervermieterin sind von ganz anderer Bedeutung als die persönliche Erwerbstätigkeit des § 811[5] ZPO. Fiele ihr Mobiliar unter den zit. Paragraphen, so hätte ihr Hauswirt kein Pfandrecht, sie aber ein solches an den etwa eingebrachten Möbeln (Schreibtisch u. a.) ihrer Zimmermieter. Vgl. JDR. **1** § 811 IV 7b ζ.

4. Fortsetzung der Erwerbstätigkeit.

a) OLG. Marienwerder, R. **04** 143: Der Schuldner wird nur im Fortbetriebe seiner bisherigen Erwerbstätigkeit geschützt, nicht mit Rücksicht auf eine erst für die Zukunft in Aussicht genommene.

b) OLG. **7** 307, PosMschr. **03** 116 (Posen): Unpfändbar ist der Eisschrank eines Schlächters auch im Winter, weil die „Fortsetzung" der Erwerbstätigkeit im Sommer zu berücksichtigen ist.

5. Persönliche Fortsetzung.

a) OLG. Naumburg, SeuffA. **58** 126: Das Exekutionsprivilegium des § 811 Nr. 5 erfaßt nur diejenigen Werkzeuge, deren Gebrauch durch den Schuldner ohne Zuziehung einer anderen menschlichen Hilfe erfolgen kann. Diese strenge Auslegung des Gesetzes entspricht auch dessen erkennbarer Absicht, dem Schuldner die für ihn und seine Familie unentbehrliche Leibesnotdurft sicherzustellen, während diese maßgebenden Grenzen erheblich erweitert würden, wenn ihm Maschinen und Werkzeuge erhalten bleiben müßten, deren Gebrauch und Bedienung andere menschliche Kräfte erfordern, da dadurch mittelbar ein Einkommen sichergestellt wäre, welches das oben bestimmte Maß wesentlich überschreiten möchte.

b) SächsOLG. **25** 251: Die Vorschrift des § 811 Ziff. 5 verfolgt nur den Zweck, dem Schuldner selbst für seine Person die Fortsetzung seines Gewerbes zu ermöglichen und kann deshalb nicht Platz greifen, wenn eine solche ausgeschlossen erscheint. Eine persönliche Ausübung ist eine solche, die von dem Schuldner durch eigener Hände Arbeit bewirkt wird. Kann ein bestimmtes Gewerbe überhaupt nicht von einer Person allein ausgeübt werden, bedarf es dazu vielmehr der Mitwirkung noch anderer menschlicher Hilfskräfte, dann kann es eben nicht durch die eigene Arbeit des Schuldners allein fortgeführt werden.

c) OLG. Posen, PosMschr. **04** 14: Der Umstand, daß ein Handwerksmeister mit zwei Gesellen arbeitet und einige Werkzeuge mit Dampfkraft in Bewegung setzt, schließt nicht aus, daß die von den Gesellen mitbenutzten Werkzeuge zur persönlichen Fortsetzung des Gewerbes für den Meister unentbehrlich sind.

d) OLG. Breslau, R. **04** 388: Pfändbar ist aber eine zweite nur für den Gebrauch eines Lehrlings bestimmte Hobelbank eines Tischlermeisters.

e) OLG. Stuttgart, WürttJ. **14** 160: Auch Maschinen, die ein Handwerker vom Standpunkt einer entwickelten Technik aus zur persönlichen Ausübung seines Berufes gebraucht, sind unentbehrlich.

Es sind aus diesem Gesichtspunkte für unpfändbar erklärt:

α. eine Lokomobile, die einen durch Menschenkraft nicht zu bewegenden Schleifstein einer Schleiferei antreibt, OLG. Posen, PosMschr. **03** 66;

β. eine vom Schuldner persönlich zum Lohndrusch verwendete Lokomobile mit Dreschkasten, OLG. Marienwerder, PosMschr. **04** 116;

γ. ein Motor, der eine Drehbank treibt, HessRspr. **3** 54.

6. OLG. **7** 306 (Posen): Zur Verarbeitung bestimmte Vorräte — von Rohstoffen oder fertigen Fabrikaten sind nur insoweit — als unentbehrlich — von der Pfändung ausgeschlossen, als sie den sofortigen Arbeitsbedarf des Schuldners zu decken bestimmt sind, wogegen die für eine längere Zeit hinaus beschafften Materialien dem Zugriffe des Gläubigers unterliegen.

7. LG. Köln, Buschs 3. **31** 109: Die Vorschrift findet auch auf Offiziere des Beurlaubtenstandes Anwendung.

§ 814. OLG. Frankfurt, R. **03** 555: Die Versteigerung muß nur in dem Sinne öffentlich sein, daß sich jedermann am Bieten beteiligen kann, sie braucht nicht in einem öffentlichen Raume abgehalten zu werden.

§ 815. 1. Abs. 1. *Mothes, Die Beschlagnahme 98: An dem gepfändeten Gelde verliert der Schuldner, erwirbt der Gläubiger den Besitz.

2. Abs. 2. OLG. Colmar, R. **03** 108: Aus dem Worte „fortzusetzen" im Abs. 2 geht hervor, daß erst die Ablieferung der infolge von Pfändung erlangten Zahlung an den Gläubiger der letzte Akt der Zwangsvollstreckung ist. Durch Unterlassung der Ablieferung verletzt der Gerichtsvollzieher eine Amtspflicht.

3. Abs. 3. OLG. **9** 125 (Dresden): Die Gleichstellung mit der Zahlung ist nur bezüglich der befreienden Wirkung für den Schuldner, nicht auch bezüglich der Anfechtbarkeit ausgesprochen. Beendet ist die Zwangsvollstreckung erst mit der Ablieferung an den Gläubiger.

§ 817. OLG. Frankfurt, R. **03** 555: Durch einen Verstoß gegen § 817 wird der Übergang des Eigentums an der vorbehaltlos dem Ersteigerer übergebenen Sache nicht gehindert. Es erwächst aus dem Verstoße lediglich eine Schadensersatzpflicht des Gerichtsvollziehers event. des Ersteigerers gegenüber den dadurch benachteiligten Personen.

§ 818. **RG. 51** 186; vgl. JW. **02** 272, JDR. **1** § 818.

§ 822. *Jastrow, FormBuch (14) II 452: Die Ermächtigung muß der Gerichtsvollzieher vor dem Verkauf erwirken. Die demnächstige Erklärung des Gerichtsvollziehers muß in derselben Form erfolgen, welche für die Übertragung durch den Schuldner vorgeschrieben ist.

III. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte.

§ 828. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **48** 1153; OLG. **7** 312 (Darmstadt): Die Pfändung einer Forderung durch ein unzuständiges Gericht ist absolut unwirksam.

2. BayObLG. **5** 337: Soll eine mehreren Schuldnern gemeinschaftlich zustehende Forderung gepfändet werden, so ist die Bestimmung eines zuständigen Gerichts für die Pfändung gemäß § 36 Ziff. 3 nicht zulässig, da diese Vorschrift nur von der Erhebung der Klage handelt. Ebenso schon **RG. 44** 419.

§ 829. I. OLG. Frankfurt, FrankfRdsch. **04** 261: Das Vollstreckungsgericht hat bei Gesuchen um Pfändung von Forderungen und sonstigen Rechten keine Untersuchungen über die Richtigkeit der zur Begründung des Gesuchs vorgebrachten Tatsachen anzustellen. Für die Zuständigkeit sind die vom Gläubiger behaupteten Tatsachen maßgebend.

II. 1. a) **RG.** GruchotsBeitr. **48** 1153: Nicht jede Ungenauigkeit in der Bezeichnung der Beteiligten oder des zu pfändenden Anspruchs macht den Pfändungsbeschluß unwirksam. Der Pfändungsbeschluß ist nicht in völliger Isolierung, sondern unter Beachtung der ihm vorhergegangenen und ihn begleitenden, für seinen Sinn erheblichen Umstände zu prüfen.

b) OLG. Posen, R. **04** 555: Die Identität der Forderung muß aus dem Pfändungsbeschluß erkennbar sein.

2. OLG. **9** 128 (Stettin): Die Pfändung einer gegen eine Ehefrau bestehenden Forderung kann wirksam nur durch die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Mann bewirkt werden.

3. *Frank, JustizbRdsch. **04** 197, GVollzZ. **04** 159: In Bayern ist Drittschuldner der zu pfändenden Forderung auf Herausgabe von Geld, das der Gerichtsvollzieher aus Anlaß eines Dienstgeschäfts an die Hinterlegungsstelle abgeführt hat,

a) wenn das Geld bei der Hinterlegungsstelle „hinterlegt" wurde, die Hinterlegungsstelle — amtsgerichtliche Hinterlegungsstelle — oder K. Bank (K. Filialbanken) —,

b) wenn das Geld der Hinterlegungsstelle „zur Verwahrung" übergeben wurde, der mit dem Dienstgeschäfte befaßte Gerichtsvollzieher — nicht die Gerichtsvollzieherei —.

4. *Brandis, R. **04** 501: Der eine Forderung pfändende Gläubiger muß eine vom Drittschuldner nach einer Ersatzzustellung des Pfändungsbeschlusses, aber vor dessen Kenntnis von dieser Zustellung an den Pfändungsschuldner geleistete Zahlung gegen sich gelten lassen. Die zugunsten des debitor cessus getroffenen Bestimmungen sind im § 1275 BGB. für das rechtsgeschäftliche Pfandrecht übernommen und müssen auch für die Pfändung gelten. Denn nicht das auf Grund der Zustellung erfolgte Zugehen — sei es der Anzeige nach § 1280 BGB., sei es des Pfändungsbeschlusses —, sondern die tatsächliche Kenntnis des Drittschuldners muß entscheidend sein.

5. KG., SeuffA. **59** 249; LG. I Berlin, KGBl. **04** 65: Ist zwischen einem Handlungsreisenden und seinem Prinzipale vereinbart, daß der Handlungsreisende sich seine Provision von den von ihm einkassierten Beträgen abzuziehen berechtigt sein solle, so muß der Prinzipal, wenn ihm ein die Provisionsforderung des Reisenden pfändender Beschluß — enthaltend das Zahlungsverbot an ihn — zugeht, die Inkassovollmacht des Reisenden widerrufen. Hierzu ist er trotz des Vertrags mit dem Reisenden berechtigt, denn dem Rechte des Reisenden auf Einbehaltung der Provision steht das Beschlagsrecht des Gläubigers als das stärkere gegenüber.

6. OLG. Cöln, RheinA. **04** I 88, PuceltsZ. **04** 43: Eine gepfändete, aber noch nicht überwiesene Forderung kann noch abgetreten werden. Der neue Gläubiger hat aber, sobald später die Überweisung der Forderung an den Pfandgläubiger erfolgt, gegen den Drittschuldner keinen Anspruch auf Zahlung mehr.

7. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 254: Fehlt dem Pfändungsbeschlusse die gesetzliche Unterlage, so wird durch Zustellung derselben an den Drittschuldner ein Pfändungspfandrecht nicht begründet.

8. Über die Zulässigkeit der Pfändung zukünftiger Forderungen vgl. Ziff. II zu § 851.

§ 830. I. **RG. 56** 9; SeuffA. **59** 407: Das Pfändungspfandrecht kann nicht durch eine Vormerkung aus § 883 BGB. gesichert werden. Ebenso OLG. **6** 403, BuschsZ. **33** 79 (Dresden): Die Sicherung des Vollstreckungsrechts kann lediglich nach §§ 916 ff. erfolgen.

II. Abs. 1. 1. KG., KGBl. **03** 80: Zur Wirksamkeit der Pfändung einer Forderung, für welche eine Hypothek besteht, ist die Zustellung an den Drittschuldner nicht erforderlich.

2. OLG. **9** 128, SeuffA. **59** 478 (Kiel): Ist der Gläubiger schon im Besitze des Briefes, so entsteht das Pfändungspfandrecht ohne erneute Besitzübertragung mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner.

➠ Die Frage, ob die Zustellung des Beschlusses erforderlich ist, ist nicht besonders geprüft. — Red. ⟵

3. OLG. **6** 135 (Posen): Die Pfändung der Buchhypothek ist erst mit der Eintragung als bewirkt anzusehen. Von der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner hängt die Gültigkeit der Pfändung nicht ab. Diese Zustellung ist nur dem Drittschuldner gegenüber von rechtlicher Wirkung. Im Verhältnisse der pfändenden Gläubiger zueinander ist für die Begründung des Pfandrechts nicht die Zustellung an den Drittschuldner, sondern die Eintragung in das Grundbuch maßgebend.

4. **RG.** DJZ. **04** 121: Auch eine nach altem Rechte entstandene verbriefte Kautionshypothek gilt nach neuem Rechte nur als Buchhypothek und die Pfändung bedarf zur Wirksamkeit der Eintragung in das Grundbuch.

5. OLG. **6** 404 (Cöln): Gegen **RG. 52** 40 und OLG. **2** 402 (KG.) ist anzunehmen, daß eine Vormerkung aus §§ 6 oder 7 des Pr. Ges. vom 13. 7. 1883 als ein „bestehendes Pfandrecht" im Sinne des Art. 192 EGBGB. anzusehen ist. Zur Pfändung der durch solche Vormerkung gesicherten Forderung bedarf es der Eintragung. (Vgl. JDR. **2** Ziff. 8 zu Art. 192 BGB.)

6. OLG. Stettin, R. **03** 580: Zur Pfändung einer Hypothekenforderung bedarf es der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Ehemann der Drittschuldnerin, wenn die Hypothekenschuld Teil des der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterworfenen Vermögens ist.

7. Streitig ist, wer Drittschuldner nach Abs. 2 ist: ob der Eigentümer des belasteten Grundstücks — so Petersen-Anger Anm. 3, Struckmann-Koch Anm. 2, Oberneck, Reichsgrundbuchrecht 843 — oder der persönliche Schuldner — so Fuchs, Grundbuchrecht 490 Anm. 13aa zu § 1154.

Landsberg, PosMschr. **04** 150: Die Streitfrage ist für die Wirksamkeit der Hypothekenpfändung unerheblich, da diese — abweichend von dem Regelfalle des § 829 — unabhängig von der Zustellung an den Drittschuldner ist.

8. OLG. **6** 135 (Posen): Für das Rangverhältnis mehrerer Pfändungsgläubiger ist nicht die Zustellung der Beschlüsse an den Drittschuldner, sondern die Eintragung in das Grundbuch maßgebend.

III. Über Pfändung von Eigentümergrundschulden s. unten zu § 857 Ziff. IV.

§ 832. 1. OLG. **6** 418 (Stettin), **7** 318 (KG.): Der Anspruch auf Provision ist eine dem Gehaltsanspruche ähnliche, in fortlaufenden Bezügen bestehende Forderung im Sinne des § 832. Die „fortlaufenden Bezüge" brauchen nicht feste zu sein, es genügt, daß sie regelmäßig wiederkehren und bestimmbar sind.

2. Über die Zulässigkeit der Pfändung zukünftiger Forderungen s. unten Ziff. II zu § 851.

§ 835. 1. OLG. **6** 416 (Hamburg): Der Drittschuldner darf durch die Pfändung nicht schlechter gestellt werden, als er vorher gestanden hat. Er kann dem Gläubiger gegenüber, dem die Forderung überwiesen ist, alle Einwendungen geltend machen, welche ihren Grund in dem Schuldverhältnisse haben, wie es zurzeit der Pfändung bestand. Dies gilt auch dann, wenn die Tatsachen, infolge deren der im Schuldverhältnisse liegende Grund der Einwendung wirksam wird, erst nach der Pfändung eingetreten sind.

2. KG., KGBl. **03** 69: Der Schuldner ist weder durch die Pfändung noch durch die Überweisung gehindert, über die Forderung zu verfügen; die Verfügungen sind aber zugunsten des Pfandgläubigers unwirksam. Der Pfandgläubiger kann sich jedoch auf solche Verfügungen des Schuldners berufen, die ihm zum Vorteil gereichen, z. B. auf die vergleichsweise Feststellung der Höhe der Forderung.

3. *Weigelin, Recht zur Aufrechnung, 50, 118: Bei Pfändung einer eigenen Schuld kann die Forderung auch zur Aufrechnung überwiesen werden.

Über Zulässigkeit der Pfändung einer eigenen Schuld trotz Ausschlusses der gesetzlichen Aufrechnung: 120 ff.

§ 836. 1. Abs. 1. RG. JW. **04** 361: Der Pfändungspfandgläubiger erlangt durch die Überweisung die gleiche Rechtsstellung, wie der Pfandgläubiger, der es im Wege der Verpfändung geworden ist, nach Eintritt des Befriedigungsrechts (vgl. JDR. **3** zu § 1282 BGB.). Die bestrittene Frage, ob der Pfändungsgläubiger die ihm zur Einziehung überwiesene Forderung gegen eine Forderung des Drittschuldners an ihn aufrechnen darf, bejaht das RG. VII, 3. V. 04, 372/03; (vgl. Falkmann, Gruchots Beitr. **44** 109 ff., Dernburg, Sachenr. (3) § 280 Ziff. 2 Anm. 3; a. M. Planck, Anm. 1 zu § 1282, Biermann, Anm. 1d zu § 1282).

2. Abs. 2. OLG. **6** 10 (Celle): Der Drittschuldner ist nicht berechtigt, gegenüber dem Pfändungsgläubiger, der die überwiesene Forderung einklagt, einzuwenden, die Judikatsschuld, auf Grund deren die Pfändung erfolgte, sei vom Schuldner bezahlt. Der Gläubiger verletzt durch das Weiterbetreiben der Zwangsvollstreckung trotz erfolgter Befriedigung lediglich ein Recht des Schuldners. Der Drittschuldner ist durch § 836 Abs. 2 gedeckt, da er bis zur formellen Aufhebung des Überweisungsbeschlusses berechtigt ist, mit verbindlicher Wirkung für den Schuldner an dessen (angeblichen) Gläubiger zu zahlen.

3. Abs. 3. RG. JW. **04** 92, ElsLothrJZ. **29** 399: Der Anspruch des Schuldners gegen einen Drittbesitzer auf Herausgabe der die überwiesene Forderung betreffenden Urkunden gilt als zugleich mit der Forderung überwiesen.

§ 837. 1. LG. Colmar, ZBlFrG. **4** 34: Die Eintragung der Überweisung einer Hypothek zur Einziehung ist, weil überflüssig, unzulässig.

2. KG., SeuffA. **59** 152: Da der Pfandgläubiger, dem die gepfändete Forderung zur Einziehung überwiesen ist, in bezug auf die Einziehung der Forderung Rechtsnachfolger des Gläubigers ist, so ist er auch nach erfolgter Einziehung derjenige, der die Löschungsbewilligung hinsichtlich der Hypothek erteilen muß.

§ 840. 1. LG. I Berlin, Buschs Z. **31** 524: Die Zustellung der Aufforderung nach § 840 kann nicht durch den Gerichtsschreiber eines auswärtigen Amtsgerichts vermittelt werden. Dagegen: Meyer ebendaselbst.

2. LG. Darmstadt, Buschs Z. **31** 111: Eine Klage auf Abgabe der Erklärung des § 840 gegen den Drittschuldner ist nicht gegeben. Die Nichterfüllung der Erklärungspflicht begründet lediglich einen Schadensersatzanspruch für den Gläubiger.

§ 841. Heuer, R. **03** 233: Das Mahnverfahren eignet sich nicht zur Geltendmachung der überwiesenen Forderung, da eine Streitverkündung in ihm vor Erhebung des Widerspruchs nicht ausführbar ist, gemäß § 841 aber die Zustellung der Streitverkündung an den Schuldner gleichzeitig mit der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Drittschuldner erfolgen müßte. A. M. Engelmann a. a. O. 336: Die Streitverkündung ist nicht Prozeßvoraussetzung für den Rechtsstreit gegen den Drittschuldner. Der Gläubiger kann mit der Streitverkündung warten, bis der Drittschuldner den Anspruch bestreitet.

§ 844. Literatur: Neukamp, Die Zwangsvollstreckung in Geschäftsanteile einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, DJZ. **04** 231, 293.

Neukamp: Die Einziehung ist mit Schwierigkeiten verbunden z. B. bei Geschäftsanteilen einer Ges. m. b. H., welche gemäß § 857 Abs. 5 zu veräußern sind. Ebenso: Staub, Komm. GmbHG. Exkurs zu § 15 Anm. 8; OLG. Rostock, Meckl. **22** 251.

§ 845. 1. OLG. Breslau, R. **03** 506: Zur Verpfändung ist nicht nötig, daß die dem Gläubiger auferlegte Sicherheitsleistung als erfolgt nachgewiesen wird.

2. KGBl. **04** 17: Das KG. (XIV.) verlangt, daß das Verpfändungsschreiben außer dem sich aus § 845 unmittelbar ergebenden Inhalte enthalten

muß a) den Betrag der Forderung, wegen deren die Pfändung bevorsteht, b) die Bezeichnung des vollstreckbaren Titels, auf Grund dessen die Verpfändung erfolgt (Urteil v. 4. 12. 03). Gegen diese Entscheidung wendet sich Höniger a. a. O. unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte und den Wortlaut des Paragraphen.

3. OLG. **6** 417, MecklZ. **22** 50 (Rostock): Die Forderung, deren demnächstige Pfändung mitgeteilt wird, muß so genau bezeichnet werden, daß sich ergibt, welche Forderung gemeint ist. Unrichtigkeiten schaden dann nichts, wenn es objektiv nicht zweifelhaft sein kann, welche Forderung gemeint ist.

4. OLG. Hamm, R. **04** 504, LG. Frankfurt a. O., KGBl. **03** 94: Die Benachrichtigung gemäß § 845 ist ein Privatakt des Gläubigers. Derselbe unterliegt nicht der Erinnerung aus § 766.

5. OLG. Colmar, R. **04** 143: Zulässig ist eine Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit einer Pfändungsbenachrichtigung wegen eines Mangels des Vollstreckungstitels.

6. OLG. Marienwerder, Buschs Z. **32** 428: Die Vorpfändung und die demnächst innerhalb der Frist des Abs. 2 bewirkte Pfändung einer Forderung bilden zusammen eine Instanz im Sinne des § 31 RAGebO. Vgl. IDR. **1** § 845 Nr. 3.

§ 848. KG. BreslAK. **04** 2: § 866 Abs. 3. — Verbot der Zwangssicherungshypothek auf Grund von Vollstreckungsbefehlen und Titeln bis 300 Mark — findet im Falle des § 848 Abs. 2 keine Anwendung, da er eine Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen voraussetzt.

§ 850. I. Abs. 1. Nr. 1. (Zum Gesetze betreffend die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes v. 21. 6. 1869.)

1. § 1. OLG. **7** 320 (Kiel): Das LohnBG und infolgedessen § 850 Nr. 1 ist auf Handlungsgehilfen anzuwenden. Das Pfandverbot greift auch Platz hinsichtlich des Anspruchs auf Weiterleistung der Vergütung. Bei vorzeitiger Entlassung nach §§ 615, 324 Satz 1 BGB. ist davon auszugehen, daß, wenn der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug kommt und dadurch dem Verpflichteten die ihm obliegende Leistung unmöglich macht, der Vertrag bestehen bleibt und der Verpflichtete die vereinbarte Vergütung verlangen kann. Mit dieser rechtlichen Konstruktion ist die Annahme unvereinbar, daß es sich bei dem für die Zeit nach der Entlassung zu zahlenden Gehalte um einen Schadensersatz wegen grundloser Aufhebung des Dienstvertrages handelt (Mot. II 208). Auf dieser rechtlichen Grundlage ist es so anzusehen, als ob der Schuldner seine Dienste weiter geleistet und den Anspruch auf Vergütung bei Fälligkeit erworben habe.

2. § 2 OLG. **6** 423 (KG.): Die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts an unpfändbaren Lohnforderungen ist nicht ausgeschlossen.

3. § 3 OLG. **6** 139 (Hamburg), SächsOLG. **25** 255: Soweit die festen Reisespesen wirtschaftlich Arbeitsvergütung sind, gelten sie für die Pfändung als Arbeitslohn.

4. § 4. Zu Nr. 3. a) OLG. **6** 422 (Celle): Der Arbeitslohn ist auch wegen der Kosten des Alimentenprozesses pfändbar; das Wort „Beitreibung" umfaßt den Prozeß.

b) OLG. **7** 316 (Oldenburg): Wird über die Unterhaltsverpflichtung eine vollstreckbare Urkunde aufgenommen, so ist der Tag der Ausstellung der Urkunde dem Tage der Klagerhebung für die Berechnung der Zeitabschnitte gleichzustellen.

c) SächsOLG. **25** 253: Nach § 62 UWG. tritt der unterstützende Armenverband kraft Gesetzes in die Rechte des Unterstützten ein. Die gesetzliche Unterhaltsforderung des Unterstützten behält auch in der Hand des Armenverbandes diesen ihren rechtlichen Charakter bei und nimmt nicht die Natur

eines Erstattungsanspruchs an. Der Arbeitslohn des Unterhaltspflichtigen ist daher wegen des Anspruchs des Ortsarmenverbandes auf Ersatz der dem Unterhaltsberechtigten geleisteten Armenunterstützung pfändbar. Ebenso: OLG. Posen, SeuffA. **58** 241, KG., OLG. **6** 423. Vgl. IDR. **1** § 850 II § 4 zu Nr. 3.

Zu Nr. 4. a) OLG. Celle, Buschs Z. **32** 400: Zulässig ist die Pfändung einer Lohnforderung, „soweit sie 125 M. für den Monat übersteigt". Ebenso Seuffert, ZPO. (8) § 850 Anm. 3c.

b) Dagegen OLG. **6** 418 (Stettin): Die Pfändung ist auf den 1500 M. im Jahre, nicht auf den 125 M. im Monat übersteigenden Betrag abzustellen.

5. § 4a. a) *Meyer, NaumbAK. **02** 55: Der die Pfändung schwankender Einnahmen zugunsten eines unehelichen Kindes anordnende Beschluß darf nur so erlassen werden, daß das Freibleiben des dem Schuldner zu belassenden Mindestbetrags in unzweideutiger Weise zum Ausdrucke kommt.

b) OLG. **6** 423 (KG.): Das Pfändungsvorrecht des § 4a ist nicht an die Person des unehelichen Kindes gebunden. Das Gegenteil ergibt die Fassung: „Die zugunsten eines unehelichen Kindes von dem Vater . . . kraft Gesetzes zu entrichtenden Unterhaltsbeiträge", wonach das Vorrecht dem Anspruch als solchem zugebilligt ist, und können es deshalb die Mutter und die unterhaltspflichtigen mütterlichen Verwandten, auf welche nach § 1709 BGB. der Anspruch übergegangen ist, ebenfalls geltend machen.

c) OLG. Posen, SeuffA. **58** 480: Der zur Vorbereitung für eine Prüfung erforderliche Aufwand gehört zum standesmäßigen, nicht aber zum notdürftigen Unterhalte.

II. Nr. 2. OLG. **7** 317 (Dresden): Der § 850 Nr. 2 hat nur die auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimente im Auge, und es genügt nicht, daß die Forderung den wirtschaftlichen Charakter eines Unterhaltsanspruchs hat. Unter die Ziff. 2 fällt daher nicht der Unterhalt, der auf Grund einer unerlaubten Handlung oder zufolge Vertrags als Altenteil, Auszug, Leibgedinge und dergleichen geschuldet wird, vielmehr muß auch der Rechtsgrund der Forderung auf dem Gesetze, d. h. in einem zustandsrechtlichen Verhältnisse der Verwandtschaft oder Ehe einerseits und dem Vermögen des Verpflichteten und dem Bedürfnisse des Berechtigten andererseits beruhen. Indessen verliert der Anspruch, soweit er auf Gesetz beruht, durch vertragsmäßige Anerkennung nichts von dem Charakter einer gesetzlichen Unterhaltsforderung.

III. Nr. 4. LG. Dresden, Buschs Z. **32** 384: Auch die aus privaten Kranken-, Hilfs- oder Sterbekassen zu beziehenden Hebungen sind unpfändbar.

IV. Nr. 5. a) OLG. Hamm, R. **04** 363, Jena, ThürBl. **50** 98, NaumbAK. **03** 77: Der Anspruch der Unteroffiziere auf die Dienstprämie kann gemäß dem durch die neue Fassung des Abs. 4 § 850 ZPO. nicht beeinflußten Art. 18 MilPensG. 22. V. 93 nur zugunsten der im § 850 Abs. 4 ZPO. bezeichneten Forderungen der Ehefrau und der ehelichen Kinder gepfändet werden, nicht aber zugunsten von Ansprüchen eines unehelichen Kindes.

Abweichend OLG. Karlsruhe, Puchelts Z. **33** 24; vgl. IDR. **1** § 850 VI.

b) OLG. Colmar, ElsLothIZ. **29** 330, R. **03** 294: Die gemäß der kriegsministeriellen Verordnung vom 22. 1. 73 den Unteroffizieren auf ihren Antrag zu Ersparniszwecken gemachten Abzüge an der Löhnung verlieren nicht den Charakter als Sold.

V. Nr. 8. a) OLG. **6** 419, Buschs Z. **32** 381 (Celle): Wer als Beamter im Sinne des § 850 Nr. 8 anzusehen ist, entscheidet sich nach Landesstaatsrecht.

Der bei einem preußischen Hoftheater angestellte Kammermusikus ist kein Beamter im Sinne dieser Vorschrift.

b) OLG. Karlsruhe, R. **03** 46: Der Kassenarzt einer Betriebskrankenkasse genießt das Vorrecht des § 850 nur, wenn er an einer Heilanstalt oder einem Krankenhaus der Kasse angestellt ist.

VI. Abs. 3.

a) OLG. Frankfurt, R. **03** 214: Die Kapitalforderung, die auf Grund von Parteivereinbarung an die Stelle einer nach § 843 BGB. zu entrichtenden Rente tritt, ist pfändbar.

b) **RG. 52** 51: Die Entschädigungsforderung des Versicherten aus einem Unfallversicherungs v e r t r a g e genießt, obwohl sie wirtschaftlich mit dem gesetzlichen Schadensersatzanspruche gleichbedeutend ist, das Privilegium der beschränkten Pfändbarkeit n i c h t.

VII. Abs. 4.

a) OLG. Jena, ThürBl. **51** 74: Die Ausnahme des Abs. 4 erstreckt sich nicht auf die K o s t e n des Alimentationsprozesses.

b) OLG. **9** 128 (KG.): Die Vorschrift hat rückwirkende Kraft.

c) OLG. **6** 421 (Hamburg), R. **03** 132: Wenngleich der in Gütergemeinschaft lebende Ehemann für die Verbindlichkeiten der Frau, die Gesamtgutsverbindlichkeiten sind, nach § 1459 Abs. 2 BGB. p e r s ö n l i c h haftet, so findet doch der § 850 Abs. 4 gegen ihn keine Anwendung, wenn er wegen einer Unterhaltspflicht seiner E h e f r a u verurteilt ist.

§ 851. L i t e r a t u r: Stör, Die Zwangsvollstreckung in Forderungen gegen den Versicherer, SeuffBl. **03** 309. — H e r tz, Die Pfändung von Fernsprecheinrichtungen und Postanweisungsbeträgen, DJZ. **03** 390. — S c h e d a, Sind Postanweisungsbeträge wegen einer Schuld des Adressaten pfändbar? Gruchots Beitr. **47** 98 ff.

I. OLG. **6** 416 (Hamburg): Pfändbar ist auch der Anspruch aus einem gegenseitigen Vertrage. Vgl. JDR. **1** § 851 Nr. 1.

II. P f ä n d u n g k ü n f t i g e r F o r d e r u n g e n.

a) H e u e r, DJZ. **03** 28: Pfändbar sind auch zukünftige Forderungen. Ebenso M a r c u s, DJZ. **04** 400: Eine Überweisung zukünftiger Geldforderungen an Z a h l u n g s s t a t t ist jedoch ausgeschlossen.

L i p p m a n n, DJZ. **03** 471, hält zukünftige Forderungen zwar für abtretbar und v e r p f ä n d b a r, n i c h t aber für pfändbar.

b) **RG.** JW. **04** 365, DJZ. **04** 698, R. **04** 453: Z u z u l a s s e n ist die Pfändung solcher künftigen Ansprüche, welche bereits in einem Vertragsverhältnis des Vollstreckungsschuldners zum Drittschuldner die ausreichende rechtliche Grundlage haben. A b z u l e h n e n ist eine Pfändung solcher Forderungen, die lediglich durch Bezeichnung ihres m ö g l i c h e n Entstehungsgrundes und der Person des Schuldners individualisiert sind, denen aber im übrigen der Rechtsboden zur Zeit fehlt.

c) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 29: Die Pfändung einer noch nicht zur Entstehung gelangten Forderung wird nicht dadurch wirksam, daß die Forderung demnächst entsteht.

III. 1. LG. Graudenz, PosMschr. **03** 155: Der Anspruch auf in sich bestimmte und durch den Wechsel in der Person des Gläubigers in keiner Weise in ihrem Inhalte berührte Altenteilsleistungen ist abtretbar und pfändbar.

2. F r i e d l ä n d e r, SeuffBl. **04** 206: Der Anspruch auf Auszahlung sog. „Baugelder" ist unbeschränkt pfändbar und überweisbar. Auf Grund der Überweisung kann aber der Gläubiger Auszahlung nur in derselben Weise verlangen, wie es der Schuldner gekonnt hätte, also meist entsprechend dem Fortschreiten des Baues.

AM. OLG. Breslau, R. **03** 404: Die Pfändung des Anspruchs gegen den Baugeldgeber ist ausgeschlossen, da sein Gegenstand nicht das Geld, sondern die Hergabe der Mittel zum Weiterbau ist.

3. **RG. 51** 115, SeuffA. **58** 103: Rechte aus einem Kreditvertrage sind auch bei Bestellung einer Sicherungshypothek höchstpersönlicher Natur und daher unpfändbar.

4. OLG. Frankfurt, FrankfRundsch. **04** 114: Die dem Ehemann durch einstweilige Verfügung auferlegte Verpflichtung zur Leistung eines Kostenvorschusses für den Ehescheidungsprozeß begründet für die Ehefrau keine Forderung im Sinne des § 828 ZPO. Über die Frage, ob der Ehefrau diese Kostenforderung zusteht, wird erst gleichzeitig mit der Hauptsache nach §§ 91 ff. ZPO. im Prozesse entschieden. Die einstweilige Verfügung trifft nur eine vorläufige Regelung. Der Anspruch aus der einstweiligen Verfügung auf den Vorschuß ist unpfändbar.

5. Stör 312: Bei solchen Forderungen, welche durch ein Gesetz ausdrücklich als nicht übertragbar erklärt sind, ist auch die Pfändung des geschuldeten Gegenstandes ausgeschlossen, selbst dann, wenn die Forderung wegen ihres Inhalts an sich unter § 399 BGB. fallen würde und der geschuldete Gegenstand selbst pfändbar wäre. Dies trifft zu bei der Forderung auf Brandentschädigung, welche nur zum Zwecke der Wiederherstellung des brandbeschädigten Gegenstandes auszuzahlen und außerdem durch Gesetz ausdrücklich für nicht übertragbar erklärt ist (Artt. 38 u. 43 des BayBrandversG. v. 3. 4. 1875 bzw. 9. 6. 1899).

6. OLG. **6** 132, SächsOLG. **24** 83 (Dresden): Die Lieferung von Leuchtgas und Elektrizität, welches für bestimmte Räume dient und nur mittels besonderer Vorrichtungen dahin abgegeben wird, ist an die betreffenden Räume dergestalt gebunden, daß die Lieferung nur an den Inhaber dieser Räume, nicht an jeden beliebigen Dritten erfolgen kann, der außer Beziehung zu diesen Räumen steht. Der Anspruch auf Lieferung von Gas und Elektrizität ist in solchem Falle nach § 399 BGB. unübertragbar und deshalb unpfändbar.

7. a) Hertz: Die Pfändung von Postanweisungsbeträgen durch Gläubiger des Adressaten ist unzulässig, da ein Anspruch des Empfängers gegen die Post auf Auszahlung der Beträge nicht besteht. Ist durch Gerichtsbeschluß der Post verboten, „an den Schuldner" (d. h. den Adressaten) zu zahlen, so ist ungeachtet dieses Verbots die Post zur Auszahlung an den Adressaten berechtigt, denn sie erfüllt damit ihre Verpflichtung gegenüber dem Absender. An diesen zu leisten, ist der Post durch den Pfändungsbeschluß nicht verboten. Ebenso: Scheda a. a. O.

b) Tachau, DJZ. **03** 496: Der Anspruch auf Ausantwortung des durch Postanweisung angewiesenen Betrages ist pfändbar, sobald die Postanweisungsurkunde dem Adressaten ausgehändigt ist.

§ 853. **RG.** JW. **03** Beil. 79, vgl. zu §§ 372, 374 BGB.

§ 857. Literatur: du Chesne, Die Pfändung des Berichtigungsanspruches SächsA. **13** 603. — Bondi, Zwangsvollstreckung in sog. Bank-Safes (Stahlkammern) SächsA. **13** 8. — Landsberg, Die Pfändung der Eigentümergrundschuld, PosMschr. **04** 147. — Freudenthal, Die Pfändung der Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld, JW **04** 602.

I. du Chesne: Pfändung des Berichtigungsanspruchs im Sinne der herrschenden Rechtsauffassung ist nicht möglich, da derselbe als negatorischer nicht abtretbar ist, überdies einen Vermögenswert nicht darstellt. Die sog. Pfändung des Berichtigungsanspruchs ist eine Schaffung einer Befugnis des Pfändungsgläubigers, das dingliche Recht (gleichsam leihweise) zum Zwecke der Berichtigung

des Grundbuchs und damit der weiteren Durchführung der Zwangsvollstreckung geltend zu machen, und Schaffung einer entsprechenden Duldungspflicht des Schuldners vermöge staatlichen Aktes.

Dagegen: Biermann, Sachenrecht 89; Fuchs, Grundbuchrecht § 894 Anm. 4c; Achilles-Strecker, GBO. §§ 118 und 201; Predari, GBO. § 14 Anm. 5c.

II. Abs. 2. 1. a) Neukamp, DJZ. **04** 231: Hierunter fällt die Zwangsvollstreckung in Geschäftsanteile einer GmbH. Die Gesellschaft ist nicht Drittschuldner. Mit Rücksicht auf § 16 GmbHG. empfiehlt sich aber, von dem Pfändungsbeschluß auch der Gesellschaft (durch Zustellung oder auf andere Weise) Mitteilung zu machen.

b) Staub, Komm. GmbHG., Exkurs zu § 15 Anm. 8: Da der Geschäftsanteil außer Rechten, hinsichtlich deren ein Drittschuldner fehlt (Verwaltungsrechten), Rechte in sich schließt, hinsichtlich deren die Gesellschaft Drittschuldnerin ist, z. B. die vermögensrechtlichen Bezugsrechte auf Gewinn, Ausschüttungsguthaben) so ist die Pfändung des Geschäftsanteils erst bewirkt in dem Augenblicke, in dem der Beschluß der Gesellschaft und dem Schuldner zugestellt ist.

2. a) KG., KGBl. **03** 66: Die Pfändung des Anteils eines Miteigentümers erfolgt nicht durch Ergreifung des Mitbesitzes seitens des Gerichtsvollziehers, wie bei der Pfändung körperlicher Sachen, sondern durch Zustellung eines Pfändungsbeschlusses; denn das Miteigentum ist nach BGB. nicht als Bruchteil der gemeinschaftlichen Sache, sondern als Bruchteil des Eigentumsrechts an der Sache aufzufassen. Auf Grund des Pfändungsbeschlusses ist der Gläubiger ermächtigt, durch einen Gerichtsvollzieher die im Miteigentume stehende Sache in Mitbesitz zu nehmen, auf Grund des Überweisungsbeschlusses darf er wie der Miteigentümer selbst durch Veräußerung über das Miteigentumsrecht verfügen, falls er nicht die Herbeiführung der Auseinandersetzung wählt. Widerstand des anderen Miteigentümers gegen die Ausübung des Pfandrechts an dem einen Miteigentumsanteile kann nur im Klagewege beseitigt werden.

b) OLG. **9** 126 (Braunschweig): Für die Pfändung des Anteils eines Miteigentümers sind die anderen Miteigentümer als Drittschuldner anzusehen. Ihnen hat das Vollstreckungsgericht zu verbieten, mit dem Schuldner zu teilen oder an ihn sonstige aus dem Miteigentume fließende Leistungen zu machen, durch die die Befriedigung des Gläubigers vereitelt werden könnte.

3. a) OLG. Dresden, SeuffA. **59** 120: Gegen den Ersteher im Zwangsversteigerungsverfahren steht den auf den Versteigerungserlös Berechtigten zunächst kein Anspruch zu, der gepfändet werden könnte; denn die Verpflichtung des Erstehers aus dem Meistgebot erschöpft sich darin, den Betrag des Bargebots an das Gericht zu zahlen. Ein der Pfändung zugängiger Anspruch der Berechtigten gegen den Ersteher gelangt nur zur Entstehung, wenn der Ersteher seine Verpflichtung zur Berichtigung des Bargebots nicht erfüllt und infolgedessen nach § 118 ZVG. der Teilungsplan durch Übertragung der Forderung gegen den Ersteher auf den Berechtigten ausgeführt wird; erst von da an ist eine Forderung des einzelnen Berechtigten gegen den Ersteher vorhanden, deren Pfändung durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Ersteher und, nach Eintragung der Sicherungshypothek für die Forderung, durch die auf Grund des Pfändungsbeschlusses erfolgende Verlautbarung der Pfändung im Grundbuche bewirkt werden kann (§ 830 Abs. 1 Satz 3 ZPO.). Das Vollstreckungsgericht kann — a. M. Kopf, Das Hinterlegungsverhältnis 55 — nicht als Drittschuldner in Betracht kommen, weil es durch die ihm nach dem ZVG. obliegende Empfangnahme und Verteilung des Bargebots in kein obligatorisches Verhältnis zu den Beteiligten

tritt, sondern lediglich eine Amtspflicht erfüllt. Wohl aber ist, soweit es sich um den Anspruch eines Realgläubigers handelt, ein Drittschuldner vorhanden in der Person des — letzten — Eigentümers des Grundstücks als desjenigen, der die Befriedigung der Realgläubiger aus dem an die Stelle des Grundstücks getretenen Versteigerungserlöse zu dulden hat. Soweit aber ein Anspruch des Eigentümers selbst auf eine Zuteilung aus dem Versteigerungserlöse in Frage steht, fehlt es an einem Drittschuldner und tritt daher die Pfändung mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Eigentümer in Kraft. Danach ist es unter allen Umständen der letzte Eigentümer des Grundstücks, an welchen der Pfändungsbeschluß zuzustellen ist, um die Pfändung eines Anspruchs auf den Versteigerungserlös in Wirksamkeit zu setzen.

b) KG., KGBl. **03** 43: Die Pfändung des Anspruchs auf Auszahlung des auf eine Eigentümergrundschuld bei der Zwangsversteigerung entfallenden Erlöses erfolgt lediglich durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Subhastaten. Der Übergabe oder Wegnahme des über die Post gebildeten Briefes bedarf es nicht.

III. Abs. 3. 1. *Bondi: Gemäß § 857 Abs. 3 und 4 ist auch eine Zwangsvollstreckung in den Tresorinhalt sogenannter Banksafes (gemieteter Stahlkammern) zu bewirken. Bondi faßt dieses Vertragsverhältnis als eine Verbindung von Verwahrungsvertrag und Mietvertrag auf und nimmt daher an, daß die Zwangsvollstreckung in den Inhalt des Tresors durch Verbindung eines gerichtlichen Pfändungsbeschlusses mit Mobiliarpfändung durch den Gerichtsvollzieher erfolge.

2. **RG.** SeuffA. **58** 248, DJZ. **03** 81: Der durch die Anmeldung begründete Anspruch des Erfinders auf Erteilung des Patents (§§ 3, 6 PatG.) ist pfändbar.

3. LG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 247: Die Nutzungen des Almendeguts sind gemäß § 109 BadGemO. nur nach vorheriger Zustimmung des Gemeinderats pfändbar.

4. LG. Halle, Buschs Z. **31** 111: Der Anspruch des Mieters auf Benutzung der Wohnung ist pfändbar, wenn der Vermieter einwilligt (§ 549 Abs. 1 BGB.).

5. Pfändung des Anspruchs aus dem sog. Möbelleihvertrage.

KG., KGBl. **04** 38: Der sog. Möbelleihvertrag setzt sich zusammen aus einem Mietvertrag und einem — durch die Bezahlung sämtlicher Mietsraten bedingten — Kaufvertrage. Der Anspruch des Mieters auf Übertragung des Eigentums gegen Zahlung des Kaufgeldrestes ist pfändbar. Durch die Pfändung des Eigentumsübertragungsanspruchs erlangt der Gläubiger diejenigen Rechte des Schuldners, welche diesem selbst aus dem bedingten Vertrage zustehen. Er kann durch Zahlung der Restraten den Kaufvertrag zur Entstehung bringen; der Drittschuldner ist verpflichtet, von ihm anstatt vom Schuldner das Geld anzunehmen. Weigert sich der Drittschuldner, das Geld vom Gläubiger anzunehmen, so würde der Gläubiger ihm im Falle einer nach körperlicher Pfändung der Leihmöbel angestrengten Interventionsklage den Einwand der Arglist und Schikane entgegenstellen. Der Drittschuldner würde dann durch ein wider Treu und Glauben verstoßendes Verhalten den Eintritt der Bedingung vereitelt haben, so daß dieselbe als erfüllt angesehen werden müßte (§ 162 BGB.). — Durch das Vorgehen des Gläubigers geht das Eigentum an den Leihmöbeln von dem Drittschuldner auf den Schuldner über und der Gläubiger kann dann in die im Besitze des letzteren befindlichen Möbel selbst ohne weiteres Zwangsvollstreckung betreiben.

Dieser Auffassung gegenüber vertritt das LG. I Berlin, KGBl. **04** 56, unter Berufung auf seine und des AG. I mehrjährige Praxis die Meinung, daß

der Anspruch des Schuldners auf Übereignung der Möbel auf Grund eines Möbelleihvertrags unpfändbar sei, weil die Pfändung des Anspruchs niemals zur Befriedigung des Gläubigers führen könne, sondern nur die demnächstige körperliche Pfändung ermöglichen solle. Das Recht, die Leihmöbel selbst zu pfänden, stehe aber dem Gläubiger nach § 808 ZPO. ohnedies zu, da sie sich im Gewahrsam des Schuldners befänden. Den etwaigen Interventionsanspruch des Verleihers sei der Gläubiger dadurch zu beseitigen in der Lage, daß er demselben den vom Schuldner noch zu zahlenden Restbetrag leiste. Diese Leistung müsse der Drittschuldner-Verleiher annehmen; ein etwaiger Widerspruch des Schuldners (§§ 267, 290) komme nicht in Betracht, da dieser durch seinen Widerspruch die Zwangsvollstreckung nicht vereiteln dürfe. Im Interventionsprozesse würde dem die Annahme der Zahlung verweigernden Möbelverkäufer der Einwand der Arglist entgegengesetzt werden können.

Nußbaum, KGBl. **04** 53, tritt in einer Kritik beider Entscheidungen im Ergebnisse dem KG. bei: die Pfändung (und Überweisung) des Übereignungsanspruchs kann zu einer Befriedigung des Gläubigers nicht führen. Mit der Bezahlung der Restmietsraten durch den pfändenden Gläubiger geht das Eigentum an den Leihmöbeln auf den Schuldner über, der gepfändete Übereignungsanspruch ist damit erloschen und kann nicht mehr zur Befriedigung dienen. In analoger Anwendung des § 1287 BGB. ist aber anzunehmen, daß das durch die Pfändung erworbene Pfandrecht an dem Übereignungsanspruche sich nach Übergang des Eigentums auf den Schuldner in ein solches an den Möbeln verwandelt, so daß der Gläubiger sich nunmehr ohne weiteres aus den Möbeln im Wege des Privatverkaufs gemäß §§ 1228 ff. BGB. befriedigen kann. — Zu verwerfen ist die nirgends im Gesetz ausgesprochene Prämisse des LG., daß ein Zwangsvollstreckungsverfahren notwendig geeignet sein müsse, durch sich selbst die Befriedigung des Gläubigers herbeizuführen. Das Vollstreckungsgericht hat nur zu prüfen, ob der betr. Anspruch nach den §§ 850—852 ZPO. pfändbar ist, nicht, ob und in welcher Weise der Gläubiger den zu pfändenden Anspruch verwerten kann oder mag, es sei denn, daß der Gläubiger Zwecke verfolgt, die der Absicht des Gesetzes zuwiderlaufen, was vorliegend nicht zutrifft. — Der vom LG. gewiesene Weg der Pfändung der im Gewahrsame des Schuldners befindlichen Leihmöbel ist nicht gangbar, wenn der Gerichtsvollzieher weiß, daß die Gegenstände dem Schuldner nicht gehören; vgl. § 57 Ziff. 2 PrGeschAnw. f. GerVollz.

Horn, KGBl. **04** 61, spricht sich gegen die analoge Anwendung des § 1287 BGB. aus. Den dem Möbelverleiher gezahlten Betrag kann der Gläubiger als Kosten der Zwangsvollstreckung aus dem Versteigerungserlöse vorweg beanspruchen.

IV. Abs. 6. Pfändung der Eigentümergrundschuld.

1. a) **RG. 56** 184, JW. **04** 72; SeuffA. **59** 479; R. **04** 143; ZBlFrG. **3** 86: Zur Pfändung einer Eigentümerbriefgrundschuld ist die Aushändigung des Briefes an den Gläubiger oder die Wegnahme des Briefes durch den Gerichtsvollzieher notwendig. Nicht Abs. 2, sondern Abs. 6 des § 857 in Verbindung mit § 830 Abs. 1 ist anzuwenden; denn: auch die Eigentümergrundschuld ist eine Grundschuld (Abs. 6); vgl. §§ 1196 Abs. 1, 1177, 1291 BGB. A. M. KG. (X), DJZ. **03** 322; Gaupp-Stein, Struckmann-Koch, Petersen-Anger, Oberneck, Reichsgrundbuchrecht (3) I 658; Willenbücher, Liegenschaftsrecht zu § 1163 BGB. Anm. 9.

Wie das RG.: Jaeckel, ZVG. (2) § 107 Anm. 2; Planck, § 1177 Anm. 5 Abs. 3; Fuchs, Grundbuchrecht § 1154 Anm. 17; Achilles-Strecker, GBO. 117 und Anm. zu § 14; Neukamp, ZPO. § 830 Anm. 2a.

b) **RG. 55** 378, **56** 9; JW. **03** Beil. 132, **04** 5, 8; DJZ. **04** 121; R. **04** 107; OLG. **6** 134 (Colmar), **6** 401 (Dresden), **7** 315, SächsOLG. **25** 261: Zur Pfändung einer brieflosen Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld ist die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch erforderlich.

Abw. Gaupp-Stein zu § 857 Anm. 6; Petersen-Anger zu § 857.

c) Landsberg a. a. O. stimmt zunächst dem Reichsgerichte (o. unter a) darin bei, daß die Pfändung der Eigentümergrundschuld nach Abs. 6, nicht nach Abs. 2 des § 857 zu vollziehen sei. Über die Ausführung der Pfändung bemerkt er:

A. Pfändung der Eigentümerbriefgrundschuld. Zum Pfändungsbeschlusse muß hinzukommen „Übergabe" oder „Wegnahme" des Briefes.

α. Übergabe. Erforderlich ist, daß der Besitz des Briefes dem Pfändungsgläubiger eingeräumt und von diesem ergriffen wird. Die im BGB. (§ 1274 Abs. 1, § 1205 Abs. 2, § 1206) für die rechtsgeschäftliche Hypothekenverpfändung zugelassenen Übergabeersatzmittel genügen nicht. Durch wen die Übergabe erfolgt, ist gleichgültig.

β. Wegnahme. Ist der Brief im Besitz eines Dritten, so wird die Übergabe nicht etwa durch Pfändung und Überweisung des dem Schuldner zustehenden Herausgabeanspruchs ersetzt, sondern erst dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher dem Dritten auf Grund eines solchen Beschlusses den Brief wegnimmt.

Besonders wichtig ist der in der Praxis häufigste Fall, daß nur ein Teil der Hypothek getilgt ist, daß also eine Eigentümerteilgrundschuld gepfändet werden soll. Da der Eigentümer von dem nur teilweise befriedigten Hypothekengläubiger nur die Vorlegung des Briefes beim Grundbuchamte zum Zwecke der Grundbuchberichtigung und Teilbriefherstellung verlangen kann (§ 1145 BGB.), erfolgt die Wegnahme des Briefes durch den Gerichtsvollzieher nach § 830 Abs. 1 Satz 2 auch nicht zum Zwecke der Ablieferung des Briefes an den Gläubiger, sondern zum Zwecke der Vorlegung beim Grundbuchamt.

Durch den Pfändungsbeschluß ist der Gerichtsvollzieher nur dem Schuldner gegenüber zur Briefwegnahme ermächtigt. Vgl. PrGeschAnw. f. GerVollz. 12. 12. 99 § 74 Nr. 4. Den dritten Briefbesitzer muß der Pfändungsgläubiger erst im ordentlichen Verfahren auf Vorlegung verklagen.

γ. Die Überweisung der Eigentümergrundschuld kann in demselben Beschlusse angeordnet werden wie die Pfändung. Die Überweisung gilt aber erst als bewirkt (§ 835 Abs. 3, § 829 Abs. 3) im Zeitpunkte der dem Pfändungsbeschluß folgenden Übergabe oder Wegnahme des Briefes. Der Überweisungsbeschluß in Ansehung der Grundschuld bildet nicht, wie Achilles-Strecker GBO. 116 unter Bezugnahme auf § 836 Abs. 3 ZPO. annehmen, den Vollstreckungstitel für die Erlangung des Briefes, denn § 836 Abs. 3 setzt eine gültig gepfändete und überwiesene Forderung voraus.

δ. Die Pfändung und Überweisung des Briefherausgabeanspruches ist — sofern man sie überhaupt gegenüber § 952 BGB. selbständig zulassen will — umständlich, da die Herausgabe des Briefes an den zu beauftragenden Gerichtsvollzieher (§ 847 ZPO.), falls der Dritte die Herausgabe verweigert, erst im Klagewege erzwungen werden muß.

ε. Einen Ausweg gewährt die Pfändung und Überweisung des Grundbuchberichtigungsanspruches, der dem Grundstückseigentümer (Schuldner) gegen den Hypothekengläubiger infolge der Entstehung der Eigentümergrundschuld erwachsen ist (§§ 894, 1144, 1145 BGB.). Die Pfändung und Überweisung des Berichtigungsanspruches zur Einziehung ist zusammen mit derjenigen der Eigentümergrundschuld zu beantragen und zu beschließen. Gemäß

§ 896 BGB. kann der Gläubiger dann von jedem Drittbesitzer die Vorlegung des Briefes verlangen.

ς. Auf Grund der letztgedachten Pfändung und Überweisung kann der Gläubiger — aber erst nach Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an den Drittschuldner — eine einstweilige Verfügung erwirken, durch die die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs angeordnet wird (§ 899 BGB.); die Eintragung dieses Widerspruchs ins Grundbuch ist ohne Vorlegung des Briefes zulässig (§ 42 Abs. 1 Satz 2 GBO.).

B. Pfändung der Eigentümerbuchgrundschuld. Da, wie mit dem Kammergericht (KGJ. **20** A 190, **21** A 159, **22** A 172, **25** A 169, 308) anzunehmen, der Eigentümer der eventuell eingetragene Inhaber aller ihm zufallenden Eigentümerhypotheken ist, so braucht er, wenn die Pfändung einer Eigentümergrundschuld eingetragen werden soll, trotz § 40 Abs. 1 GBO. nicht vorher erst selber als Hypothekar eingetragen zu werden. Kann der Gläubiger den urkundlichen Nachweis (§ 29 GBO.) der Entstehung der Eigentümergrundschuld nicht alsbald führen, so ist er auch hier, um schnell dingliche Sicherung zu erhalten, auf Pfändung und Überweisung des Berichtigungsanspruches, einstweilige Verfügung, Widerspruchseintragung angewiesen. Daneben könnte er — anders als im Falle zu A — im Wege der einstweiligen Verfügung gegen den Eigentümer die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung erwirken.

d) Freudenthal a. a. O. bekämpft die Ansicht des RG. (o. unter a). Er erachtet § 857 Abs. 2 für maßgebend, da es bei der Pfändung der Eigentümerhypothek an einem Drittschuldner fehle.

2. Bruck, Die Eigentümerhypothek (Jena 1903): Die Pfändung der Eigentümerhypothek, Grund- oder Rentenschuld hat nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 857 Abs. 6, 830 zu erfolgen.

Handelt es sich um eine Briefschuld, so bedarf es außer dem Pfändungsbeschlusse der Übergabe des Briefes. Bei der Buchschuld ist außer dem Pfändungsbeschluß die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch notwendig. Um diese zu erwirken, ist die Nachweisung der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Eigentümer erforderlich. Ist die Hypothek usw. noch nicht auf den Eigentümer umgeschrieben, so steht dies der Pfändung des „latenten Eigentümerpfandrechts“ an sich nicht entgegen. Der pfändende Gläubiger muß jedoch alsdann die Existenz des Eigentümerpfandrechts in einer dem § 29 GBO. genügenden Weise nachweisen und die Berichtigung des Grundbuchs nach § 14 GBO. erwirken. Ist dieser Weg nicht gangbar, so kann der Pfändungsgläubiger den Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs pfänden (§ 851 Abs. 1) und ihn nach erlangter Überweisung gegen den eingetragenen Berechtigten geltend machen. Erfolgt die Berichtigung, so erlangt der pfändende Gläubiger kraft Gesetzes (§ 1287 BGB.) ein Pfandrecht an dem Eigentümerpfandrecht. Zur Sicherheit gegen nachteilige Verfügungen des Eigentümers über die Hypothek kann der pfändende Gläubiger beantragen, daß durch einstweilige Verfügung die Eintragung eines Widerspruchs angeordnet werde.

Bei der Höchstbetragshypothek (§ 1190 BGB.) unterliegt vor der endgültigen Feststellung des Rechnungsabschlusses die eventuell entstehende Eigentümerhypothek der Pfändung in gleicher Weise wie bei der gewöhnlichen Hypothek, denn auch bedingte und betagte Forderungen können im voraus gepfändet werden. Durch die Pfändung wird aber der Eigentümer nicht gehindert, neue Forderungen aus dem Kreditverhältnis zur Entstehung zu bringen. Der Erfolg bei Pfändung einer Höchstbetragshypothek ist somit sehr zweifelhaft.

3. KG., RJA. **3** 107: Steht nicht ziffernmäßig fest, zu welchem Betrage eine Hypothek sich in eine Eigentümergrundschuld verwandelt hat, so ist die

Pfändung der Eigentümergrundschuld undurchführbar, weil die Bildung eines Teilbriefes für den gepfändeten Teil (§ 1152 BGB.) unmöglich ist.

4. OLG. 6 401 (Dresden): Wie die Eigentümergrundschuld, so ist auch pfändbar das aus § 894 BGB. verb. mit § 14 GBO. fließende Recht des Eigentümers, von dem bisherigen Hypothekengläubiger die Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen zu verlangen. Zur Pfändung dieses Anspruchs ist ebenfalls — wenn die Erteilung eines Briefes ausgeschlossen ist — Eintragung in das Grundbuch erforderlich (§ 830 Abs. 1).

5. Über die Voraussetzungen, unter denen eine Höchstbetragshypothek als Eigentümergrundschuld gepfändet werden kann, vgl. RG. 51 115, SeuffA. 58 103.

§ 859. Literatur: Conrades, Die Pfändung eines Erbteils und verwandte Fälle, DJZ. 03 310. — Hamburger, Schließt das Pfändungspfandrecht an dem Anteil eines Miterben am Nachlasse die gesetzliche Folge einer Verfügungsbeschränkung des Schuldners zugunsten des Gläubigers in sich? Bedarf diese Verfügungsbeschränkung zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung im Grundbuche bei den Nachlaßgrundstücken und Nachlaßhypotheken? Gruchots Beitr. 48 58 ff.

1. OLG. 7 312 (Darmstadt), Buschs Z. 31 113: Bei Pfändung eines Erbschaftsanteils erscheinen die Miterben des Schuldners als Drittschuldner im Sinne der §§ 829, 857. Die Pfändung wird also durch Zustellung des Beschlusses an diese bewirkt.

2. Conrades, DJZ. 03 310: Durch die Pfändung des Anteils eines Miterben am Nachlasse erwirbt der Gläubiger den Anspruch gegen die Miterben des Schuldners, daß sie ihm dasjenige leisten, was sie sonst dem Schuldner als ihrem Miterben leisten müßten. Von der Pfändung an müssen die Miterben den Gläubiger an Stelle des Schuldners zu einer Verfügung über Nachlaßgegenstände zuziehen. Zu jeder von den gesetzlichen Bestimmungen abweichenden Verwertung der Nachlaßgegenstände, soweit sie nicht auf Vorschriften des Erblassers beruht, bedürfen der Gläubiger und die übrigen Erben der Zustimmung des Schuldners. Vermöge des Pfandrechts empfängt der Gläubiger das zu seiner Befriedigung Erforderliche, das bei der Liquidation auf den Schuldner entfallende Geld und andere dem Schuldner zugeteilte Gegenstände. Die Verwertung der letzteren erfolgt nach §§ 847, 848. Falls es Forderungen sind, hat der Gläubiger sie sich zur Einziehung überweisen zu lassen.

3. Abs. 2. *Hamburger a. a. O. leitet aus §§ 859 Abs. 2, 804 Abs. 2 ZPO. in Verbindung mit §§ 1274, 1276 BGB. folgende Rechtssätze her: Das Pfändungspfandrecht an dem Anteil eines Miterben am Nachlaß ist das Pfandrecht an einem Rechte; es hat zur Folge, daß der Schuldner (Miterbe) einer Verfügungsbeschränkung hinsichtlich seines Erbrechts insoweit unterliegt, als die Verfügungen zum Nachteil des Gläubigers gereichen. Insbesondere kann der Schuldner z. B. die Erbteilung oder die Veräußerung von Nachlaßgrundstücken nur mit Zustimmung des Gläubigers vornehmen. Dagegen ist der Schuldner (Miterbe) zu allen, dem Gläubiger unschädlichen Verfügungen, insbesondere Verwaltungshandlungen auch ohne dessen Zustimmung befugt.

Der Pfändungsgläubiger ist berechtigt, auf Grund des Pfändungsbeschlusses die Eintragung seines Pfandrechts im Grundbuch der Nachlaßgrundstücke und Nachlaßhypotheken zu verlangen (§§ 14, 22 GBO.). Die Eintragung des Pfandrechts bringt die aus ihm entspringende Verfügungsbeschränkung zur Kenntnis jedes Dritten und ist zur Wirksamkeit der Verfügungsbeschränkung gegen den redlichen Dritten notwendig, weil die Beschränkung nur zugunsten einer bestimmten Person (des Gläubigers) eintritt (§ 892 Abs. 1 Satz 2 BGB.).

4. Dagegen: OLG. 7 354 (KG.): Die Pfändung und Überweisung des Anteils eines Miterben am Nachlaß und die des Anspruchs auf Auseinandersetzung

und Teilung des Nachlasses können nicht auf den „Anteil" des Miterben an einem Nachlaßgrundstücke eingetragen werden, weil ein solcher Anteil bei ungeteilter Erbengemeinschaft nicht besteht. Möglich ist dagegen die Eintragung der in der Pfändung des Erbanteils in Ansehung eines jeden Erbschaftsgegenstandes liegenden Verfügungsbeschränkung. Dazu bedarf es jedoch der vorgängigen Umschreibung des Grundstücks auf den Namen der Miterben. Ebenso: Grohmann, ZBlFrG. **4** 827.

§ 860. Literatur: Hansult, Eheliches Güterrecht in Hessen und § 860 der Reichszivilprozeßordnung, HessRspr. 4 38 ff., 47 ff.

Hansult a. a. O.: Soweit das Gesamtgut von Eheleuten, die vor 1900 in Errungenschaftsgemeinschaft nach der AlthessVO. vom 2. 3. 1795 und dem Solmser Landrechte lebten, in Grundstücken besteht, die vor 1900 errungen wurden, gelten, solange das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist, in Hessen folgende Regeln:

1) § 860 ZPO. findet auf die vor dem 1. 1. 1902 auf Grund des Art. 15[3] des Ges. über das Pfandrecht vom 15. 9. 1858 und Art. 202 Hess. AGBGB. eingeschriebenen Hypotheken keine Anwendung.

2) Die zeitliche Beschränkung aus Art. 202 HessAGBGB. ist belanglos für freiwillige Hypotheken der Ehegatten auf ideelle Anteile, analog jenen aus Art. 15[3] des Ges. über das Pfandrecht.

3) Ein gesetzlicher Hypothekentitel aus Art. 24 des Pfandrechtsgesetzes kann, ebenso wie ein freiwilliger dieser Art, falls die Schuld vor 1900 entstanden ist, nach Antrag des Gläubigers auf ideelle Anteile geschrieben werden. Vgl. dagegen HessRspr. **4** 79.

§ 861. OLG. Dresden, SächsA. **13** 119: Die Unpfändbarkeit der Früchte nach Abs. 1 Satz 2 kann von der Ehefrau nur durch Erinnerung nach § 766, nicht durch Klage aus § 771 geltend gemacht werden.

A. M. OLG. Breslau, BreslAK. **04** 53.

Zweiter Titel. Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen.

Literatur: Kretzschmar, Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ZBlFrG. 4 437 ff. Vgl. auch die Literaturübersicht zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

§ 864. 1. LG. Hamburg, ZBlFrG. **3** 834: Unzulässig ist die Zwangsvollreckung in „den Anteil" eines zu einer Gütergemeinschaft gehörigen Grundstücks, „der dem Schuldner bei der Auseinandersetzung zufallen wird", da ein solcher Anteil zurzeit noch gar nicht besteht.

2. Über Rückgewähr eines vom Schuldner an einen Dritten veräußerten Grundstückanteils bei Anfechtung des Gläubigers vgl. Matthießen, DJZ. **04** 161, 546.

§ 865. 1. a) **RG.** JW. **04** 575: § 865 Abs. 2 schließt die Fahrnispfändung nach erfolgter Beschlagnahme absolut, nicht nur zugunsten des betreibenden Gläubigers, aus.

b) KG., DJZ. **04** 409: Die von der Beschlagnahme ergriffenen Gegenstände können nicht nur von dem betreibenden Gläubiger, sondern auch von anderen Gläubigern nicht mehr im Wege der Mobiliarexekution angegriffen werden.

2. OLG. **6** 214 (KG.): Die Pfändung eines Zubehörstücks ist auch dann unzulässig, wenn der Pfändende als Werkmeister ein gesetzliches Pfandrecht an demselben hat.

3. **RG.** ElsLothrJZ. **28** 96: § 865 Abs. 2 setzt das Grundbuch des BGB. voraus und kann deshalb erst von dessen Anlegung an angewendet werden. Vgl. JDR. **1** § 865 Nr. 3.

4. OLG. Colmar, R. **03** 214: a) Der § 865 setzt zwar an sich die Anlegung des Grundbuchs voraus, gilt aber nach § 19 elf.-lothr. AGZPO. in Elsaß-Lothringen schon in der Übergangszeit.

b) Auch wenn es sich um eine Hypothek früheren Rechtes handelt, ist die Frage, ob ein von einem Hypothekengläubiger gepfändeter Gegenstand Zubehör des unbeweglichen Vermögens ist, nach neuem Recht zu beurteilen.

5. OLG. Königsberg, SeuffA. **58** 241; BadRpr. **03** 4; NaumbAK. **03** 76 (OLG. Posen); PosMschr. **03** 45; R. **03** 214 (OLG. Colmar): Der Hypothekengläubiger kann gegen die Pfändung von Zubehör sowohl Einwendung aus § 766 als Klage gemäß § 771 erheben. Ebenso: Klein, DJZ. **03** 523. Vgl. JDR. **1** § 865 Nr. 6 und o. zu § 766 II 2.

A. M. OLG. Dresden, SächsA. **14** 577; Schröder, DJZ. **03** 571, welche dem Hypothekengläubiger nur die Einwendung aus § 766 geben.

6. OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 39; SeuffA. **59** 296: § 865 Abs. 2 regelt nur die prozessuale Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, im Verhältnis zu der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Die materiellen Rechte der Hypothekengläubiger und sonstigen Realberechtigten werden dadurch nicht berührt. Es bleibt ihnen unbenommen, bei Pfändung beweglicher Sachen ihre besseren Rechte auf den Erlös im Wege der Klage aus § 805 geltend zu machen. Vgl. auch Mettier, Pfandhaft der Früchte.

§ 866. I. 1. LG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 184: Aus einem Urteile, das den Beklagten verurteilt, dem Kläger . . . . Sicherheit zu leisten, kann ebensowenig gemäß § 866 eine Sicherungshypothek auf dem Grundstücke des Beklagten eingetragen werden, wie aus einem Urteile, das den Beklagten verurteilt, . . . Sicherheit durch Bestellung einer Hypothek zu leisten. Beide Urteile sind nach §§ 887 ff zu vollstrecken. § 866 setzt Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung voraus.

2. OLG. **7** 323 (KG); KGJ **26** A 297; RJA. **4** 44; SeuffA. **59** 250; PosMschr. **03** 194: Die allgemeinen Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung (§§ 704—802) finden auch auf die im zweiten Titel (§§ 864—871) behandelte Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in das unbewegliche Vermögen Anwendung, mithin auch auf die Eintragung einer Zwangshypothek. Aus § 751 Abs. 1 folgt aber, daß diese Eintragung gemäß §§ 866, 867 nur wegen bereits fälliger Forderungen zulässig ist, denn nur diese geben einen Titel zur Vornahme der Zwangsvollstreckung. Allerdings hat die Zwangseintragung die Besonderheit, daß sie nicht, wenigstens nicht unmittelbar wie die anderen Vollstreckungsmaßregeln, wegen einer Geldforderung (Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung) die Befriedigung des Gläubigers zum Ziel hat, sondern nur für den Fall der Versteigerung Sicherung der Befriedigung nach Maßgabe des § 10 Nr. 4 ZVG dem Gläubiger gewährt. Aber das Gesetz bietet keinen Anhalt dafür, daß etwa, weil die Zwangseintragung wirtschaftlich nur die Sicherung des Gläubigers bezweckt, diese Vollstreckungsmaßregel, was das Erfordernis der Fälligkeit der Forderung betrifft, in weiterem Umfange als andere Vollstreckungsmaßregeln zulässig ist. Demnach ist bei vollstreckbaren Schuldtiteln, die auf Zahlung wiederkehrender Leistungen gerichtet sind, die Zwangseintragung nur für die fälligen Beträge zulässig, soweit sie 300 Mark übersteigen. Wegen der künftig fällig werdenden Beträge kann nur auf dem Wege des Arrestes gemäß §§ 916 ff., 932 die Eintragung einer Sicherungshypothek herbeigeführt werden, und zwar mit der Maßgabe, daß diese Sicherungshypothek als Maximalhypothek im Sinne des § 1190 BGB. eingetragen wird, indem gemäß § 932 ZPO. Halbs. 2 der nach § 923 in dem Arrestbefehl festgestellte

Geldbetrag, durch dessen Hinterlegung der Schuldner die Vollziehung des Arrestes hemmen oder die Aufhebung des Arrestbefehls herbeiführen kann, als der Höchstbetrag zu bezeichnen ist, für den das Grundstück haftet.

II. Berechnung des zur Eintragung einer Sicherungshypothek erforderlichen Mindestbetrags.

Zu dieser in der vorigen Berichtsperiode durch zahlreiche Aufsätze und Entscheidungen behandelten Frage — vgl. JDR. **1** § 866 II, III — sind in der hier zu berücksichtigenden Periode nur wenige Entscheidungen veröffentlicht:

1. KG., DJZ. **04** 748: Zinsen und Kosten bleiben bei Berechnung des zur Eintragung einer Sicherungshypothek erforderlichen Mindestbetrags außer Betracht. Eine Zusammenrechnung der in verschiedenen Schuldtiteln festgestellten Forderungen findet nicht statt. Ebenso OLG. Stuttgart, RJA. **3** 245.

2. OLG. Stuttgart, RJA. **4** 245: Die Eintragung einer Zwangshypothek ist unzulässig, wenn mehrere den Gegenstand desselben vollstreckbaren Titels bildende selbständige Forderungen verschiedenen Gläubigern zustehen und nur zusammen den Betrag von 300 M. übersteigen. Ebenso Seuffert (8) § 866 Anm. 3. Vgl. JDR. **1** § 866 II 1.

3. BayObLG., SeuffBl. **03** 204: Ist für eine Hauptforderung von mehr als 300 M. eine Vollstreckungshypothek eingetragen bzw. vorgemerkt, so kann dies nachträglich auch für eine Kosten-Nebenforderung im Betrage von weniger als 300 M. geschehen. Vgl. JDR. **1** § 866 III 1a.

III. 1. Mayer, R. **03** 99: Der Gläubiger kann, auch wenn er bereits für die Forderung einen rechtskräftigen Vollstreckungsbefehl erlangt hat, die Forderung nochmals einklagen, um für sie eine Sicherungshypothek eintragen lassen zu können. In dem Urteil ist alsdann auszusprechen, daß sich die Wirkung seiner Vollstreckbarkeit auf den Anspruch des Gläubigers beschränke, gemäß § 866 Abs. 1 die Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung zu verlangen. Vgl. JDR. **1** § 866 IV.

2. Stein, Voraussetzungen des Rechtsschutzes 97: Der Gläubiger, der trotz Vorliegen eines rechtskräftigen Vollstreckungsbefehls neu klagt, um zur Eintragung einer Sicherungshypothek zu gelangen, muß dartun, daß der Schuldner Grundbesitz hat, nicht aber daß Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung im gegebenen Falle aussichtslos sein würden.

IV. Über die Frage, ob § 866 auch auf die Arresthypothek Anwendung findet, vgl. u. Ziff. II zu § 932.

§ 867. I. Abs. 1. 1. Die Frage, ob das Grundbuchamt den Nachweis der Vollmacht des Prozeßbevollmächtigten verlangen könne, wenn die Eintragung einer Zwangshypothek auf Grund eines den Prozeßbevollmächtigten aufführenden amtsgerichtlichen Urteils beantragt wird, ist bejaht vom LG. Freiburg, verneint vom LG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 15, 64. Letzterer Ansicht ferner: Betzinger, Zwangsversteigerung 380 Bem. 11; Scherer, JW. **01** 299. Ersterer Ansicht: Gaupp-Stein zu § 867. Das Grundbuchamt kann jedoch nach § 30 GBO. keinesfalls eine öffentlich beglaubigte Vollmacht vom Antragsteller verlangen; LG. Stettin, PosMschr. **04** 164.

2. Die Streitfrage, ob dem Antrag auf Eintragung einer Sicherungshypothek auf Grund von Schuldtiteln aus Inhaber- oder Orderpapieren die Papiere beigefügt sein müssen, wird bejaht von: Oberneck, Reichsgrundbuchrecht (3) I 989, Gaupp-Stein (4/5) II 667, Dernburg, Bürgerliches Recht (3) III 714, Willenbücher, Liegenschaftsrecht, Ausgabe für Preußen 241, Fuchs, Grundbuchrecht I 632 IVa, NaumbAK. **04** 40, 80. Verneint von: Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht (2) I, 863, Brachvogel-Frydrychowicz, Grundbuchrecht 159.

3. KG., ZBlFrG. **3** 82: Gegen den die Eintragung der Zwangshypothek ablehnenden Beschluß des Grundbuchrichters findet die Beschwerde und die weitere Beschwerde der GBO., nicht die sofortige und die sofortige weitere Beschwerde der ZPO. statt. Ebenso Kretzschmar, ZBlFrG. **4** 444.

4. **RG.** ZBlFrG. **4** 495: Die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung einer Zwangshypothek oder einer Pfändung ist unzulässig. A. M. anscheinend OLG. Dresden, ZBlFrG. **3** 738 und BayObLG., SeuffBl. **03** 204 (vgl. oben zu § 866 II Nr. 3).

5. Kretzschmar: Der Eigentümer-Schuldner muß zur Umschreibung der Zwangshypothek auf seinen Namen nach Befriedigung des Gläubigers den der Eintragung zugrunde liegenden Schuldtitel beibringen. Eine Quittung des Gläubigers genügt nicht, da auf Grund einer solchen nach § 775 Nr. 4 nur eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung stattfindet.

II. Abs. 2. 1. KG., RJA. **3** 208, ZBlFrG. **3** 689 (vgl. OLG. **6** 137, RheinARB. **04** 132): Gegen die in der Literatur überwiegend vertretene Meinung (Achilles-Strecker, GBO. 99, Fischer-Schäfer, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen 153, Gaupp-Stein, ZPO. § 867) wird unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des § 867 die Eintragung einer Zwangshypothek auf einem Grundstücke des Schuldners auch dann für zulässig erklärt, wenn für dieselbe Forderung bereits eine Vertragshypothek an einem anderen Grundstücke besteht. Die beiden Belastungen bilden eine Gesamthypothek. Nach § 49 GBO. ist auf jedem Grundstücke die Mithaft des anderen zu vermerken. Ebenso BayObLG., ZBlFrG. **3** 244, SeuffBl. **03** 525, DJZ. **03** 35, Turnau-Förster II 516. Vgl. JDR. **1** § 867 IIc 1—3.

Anders, mit beachtenswerter Begründung: LG. Leipzig, SächsA. **13** 102: Aus § 867 Abs. 2 läßt sich nicht herleiten, daß die Eintragung einer Zwangshypothek auf einem Grundstücke des Schuldners unzulässig ist, wenn bereits auf einem anderen eine Vertragshypothek für dieselbe Schuld eingetragen ist. Dagegen folgt aus §§ 777, 803, daß die ZPO. von dem Grundgedanken beherrscht wird, bei der Zwangsvollstreckung eine Überdeckung zu vermeiden. Nach § 777 soll das Konventionalpfand als Mobiliarpfand auch die Immobiliarzwangsvollstreckung ausschließen. Daraus ist zu schließen, daß ebenso das Vertragsimmobiliarpfand die Zwangshypothek ausschließen muß. — Aus § 777 folgt aber nur, daß dem Schuldner das Recht des Widerspruchs gegen Zwangsvollstreckung angesichts ausreichenden Konventionalpfandes eingeräumt ist. Es muß deshalb auf Antrag die Zwangshypothek trotz bestehender Vertragshypothek eingetragen werden und dem Schuldner überlassen bleiben, Einwendung dagegen zu erheben.

2. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **28** 250: Bleiben bei einer nach § 867 Abs. 2 vorgenommenen Verteilung des Betrags einer Forderung auf die einzelnen Grundstücke die Teilbeträge, sei es der Hauptforderung oder der Kosten allein, unter 300 Mark, so können die Teilbeträge trotz § 866 Abs. 3 eingetragen werden, da sie zusammen eine einheitliche Forderung bilden. Vgl. JDR. **1** § 867 Ziff. II B.

3. a) Tücking, R. **03** 206: Durch die Verteilung wird nicht bewirkt, daß jedes Grundstück nur für den zugeteilten Betrag dauernd haftet. Der Gläubiger kann den Ausfall, den er bei dem einen Grundstück erleidet, aus dem anderen verlangen.

b) Anders: KG., FrankfRundsch. **37** 124: Durch die Eintragung der einzelnen Teilbeträge auf den verschiedenen Grundstücken entstehen ebensoviele selbständige Hypotheken, die voneinander unabhängig und weder Teilhypotheken im Sinne des § 1151 noch Gesamthypotheken im Sinne des § 1132 BGB. sind. Für jede Eintragung ist eine besondere Gebühr zu erheben.

4. Iwand, ZBlFrG. 3 163: Bei Erneuerung einer im Hypothekenregister eingeschriebenen gerichtlichen Hypothek (Art. 2123 c. c.) durch Eintragung in das Grundbuch greift § 867 Abs. 2 Platz.

Dritter Titel. Verteilungsverfahren.

Zu §§ 872 ff. (§§ 827, 853, 854). LG. II Berlin, Buschs Z. 33 290: Die in den §§ 827, 853, 854 Abs. 2, 3 ZPO. vorgesehenen Anzeigen des Gerichtsvollziehers bzw. des Drittschuldners an das Vollstreckungsgericht über die Voraussetzungen des Verteilungsverfahrens sind nicht unentbehrliche Vorbedingung für die Einleitung des Verteilungsverfahrens. Das Gericht kann auch ohne Anzeige das Verfahren einleiten, sobald ihm das Vorhandensein seiner sachlichen Voraussetzungen glaubhaft bekannt wird.

§ 872. OLG. Dresden, SeuffA. 58 294: Das Verteilungsverfahren hat auch die Feststellung des Rangverhältnisses, in dem die Forderungen der beteiligten Gläubiger stehen, zum Gegenstande und wird daher nicht gegenstandslos, wenn wegen der Höhe der Forderung des bestberechtigten Gläubigers diesem der ganze hinterlegte Betrag zuzuteilen ist und der Verteilungsplan sich sonst auf die Feststellung des Rangverhältnisses beschränkt.

§ 874. OLG. 9 121, SeuffA. 59 339, PosMschr. 04 59 (Marienwerder): Gegen den vom Richter aufgestellten Teilungsplan kann die sofortige Beschwerde mit der Begründung eingelegt werden, daß der Plan formell nicht dem Gesetz entspreche.

§ 876. 1. RG. JW. 04 342: Schwebt ein Verteilungsverfahren bezüglich eines mehrfach gepfändeten hinterlegten Betrags, so kann eine das Rangverhältnis zweier beteiligter Gläubiger betreffende Feststellungsklage außerhalb des Verteilungsverfahrens nicht erhoben werden. Den Beteiligten steht nur der in den §§ 876, 878 ff. geordnete Weg offen.

2. Über das Widerspruchsrecht des Subhastaten vgl. zu § 115 ZVG. Nr. 16.

§ 878. I. Abs. 1. 1. OLG. Hamburg, HansGerZ. 04 Beibl. 9: „Beteiligte Gläubiger" im Sinne des § 878 sind nur diejenigen, welche in den §§ 876, 877 genauer als „bei dem Widerspruch beteiligter Gläubiger" bezeichnet sind, also nur diejenigen, deren Befriedigung durch den Widerspruch bzw. durch die vom Widersprechenden verlangte Abänderung des Planes ganz oder teilweise in Frage gestellt werden würde.

2. OLG. 9 125 (Karlsruhe): Streiten mehrere Pfändungspfandgläubiger um die Herausgabe eines hinterlegten Versteigerungserlöses, so kann der eine nicht geltend machen, die vom anderen Gläubiger vorgenommene Pfändung sei für eine unsittliche Forderung erfolgt. Das von dem anderen Gläubiger erstrittene, der Pfändung zugrunde liegende Urteil begründet den Anspruch auf Vollstreckung, wie dem gemeinsamen Schuldner so auch den sonstigen Gläubigern des Schuldners gegenüber.

3. OLG. Cöln, RheinA. 04 I 171, Puchelts Z. 35 289: Zwar hat der Verteilungsrichter von Amts wegen die Gültigkeit der Pfändung der zur Anweisung gelangenden Gläubiger zu prüfen, wozu auch das Vorhandensein des Zwangsvollstreckungstitels gehört. Ein anderer Gläubiger hat aber nicht das Recht, für sich die Vorlegung des Titels zu verlangen.

4. Haberling, R. 03 601: Der mit dem Teilungsplan nicht einverstandene Gläubiger kann gegen einen im Erklärungstermin nicht erschienenen beteiligten Gläubiger (§ 877 Abs. 2) ohne weiteres, d. h. ohne ihn zuvor außergerichtlich zur Anerkennung des beanspruchten Vorrechts aufgefordert zu haben, die Widerspruchsklage erheben.

5. OLG. **7** 324, BraunschwZ. **03** 141 (Braunschweig): Die Widerspruchsklage gemäß § 878 ZPO. ist der einzige Rechtsbehelf, durch den auf den Verteilungsplan eingewirkt werden kann.

II. Abs. 2. 1. OLG. Colmar, ElsLothrZ. **29** 626: Trotz Verstreichens der einmonatigen Klagefrist des § 878 Abs. 1 ist wegen einer bevorrechtigten Forderung immer noch eine Klage aus § 805 auf vorzugsweise Befriedigung aus dem noch unverteilten Erlöse zulässig.

2. **RG.** JW. **04** 369, R. **04** 606: Ein Gläubiger ist, auch wenn er gegen den Teilungsplan keinen Widerspruch erhoben hat, berechtigt, ein besseres Recht nach geschehener Verteilung denjenigen gegenüber geltend zu machen, welche auf seine Kosten etwas aus der Teilungsmasse erlangt haben (§§ 818 ff. BGB.). Vgl. auch **RG.** JW. **04** 72. Vgl. JDR. **1** § 878 Nr. 5, 6.

§ 879. 1. OLG. **7** 324 (Braunschweig): Der § 879 ordnet einen ausschließlichen Gerichtsstand an.

2. **RG. 52** 312: An sich ist dasjenige Gericht für das Verteilungsverfahren zuständig, dessen Beschluß dem Drittschuldner zuerst zugestellt ist (§§ 853, 873). Ist von einem anderen Amtsgericht das Verteilungsverfahren eingeleitet und der Teilungsplan aufgestellt, ohne daß die Zuständigkeit von irgendeiner Seite beanstandet ist, so ist dieses Amtsgericht (bzw. dasjenige Landgericht, in dessen Bezirk dieses Amtsgericht seinen Sitz hat) für die Widerspruchsklage aus § 879 ausschließlich zuständig.

Dritter Abschnitt. Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen.

I. Erwirkung der Herausgabe oder Leistung von Sachen.

Zu §§ 883 ff. 1. Schloßmann, Iherings J. **45** 78, sagt über die Verurteilung aus einem Vorvertrag: Wie der Antrag, so kann auch die Verurteilung nur auf Zahlung der Geldsumme (beim Darlehnsvorvertrag) und Herausgabe der Sachen (beim Leihvorvertrag) gerichtet werden. Zu welchem Zwecke die Hingabe zu erfolgen, und zu welchem Rechte der Kläger die Sache zu erhalten hat, und welche zunächst gar nicht in Betracht kommenden Verpflichtungen sich an den Empfang des Geldes oder der Sache für den Kläger knüpfen werden, also die rechtliche Individualisierung der dem Verklagten auferlegten Leistung, ergibt sich aus dem Tatbestande des Urteils und aus den Urteilsgründen. Für die Vollstreckung des Urteils folgt aus diesen Erwägungen, daß sie nicht, wie bei einer nach der herrschenden falschen Auffassung des Vorvertrages konsequent behauptet werden müßte, nach den Grundsätzen von der Zwangsvollstreckung zur Leistung von Handlungen (§§ 887 ff.), sondern nach den Bestimmungen über Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen (§§ 803 ff.) und zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen (§§ 883 ff.) zu bewirken ist.

Die Vollstreckung des Urteils auf Verwahrung der Sache muß nach §§ 887, 888 erfolgen. Der Natur dieser Leistung gemäß wird aber hier regelmäßig der Gläubiger die Leistung des Interesses verlangen (§ 893).

2. Über Zwangsvollstreckung auf Herbeiführung eines Rechtserfolges s. die Vorbemerkung vor § 253.

§ 883. 1. OLG. **7** 325 (Hamburg), SeuffA. **59** 251: Der Wortlaut des § 883 spricht allerdings nur von beweglichen Sachen. Allein bei der Kommissionsberatung ist die vom Regierungsvertreter verfochtene analoge Anwendung unwidersprochen geblieben und daher unterlassen worden, eine besondere Bestimmung über Herausgabe von Personen dem Gesetz einzufügen. Auch wäre es bedenklich, in solchen Fällen mit dem § 888 aushelfen zu wollen, weil

nicht einzusehen ist, inwiefern dies eine ihrem Wesen nach durch Dritte nicht vornehmbare Handlung sein soll und andererseits die im § 887 vorgesehenen Maßnahmen nicht in Frage kommen können. Der praktische Gegengrund endlich, den das OLG. Stuttgart (SeuffA. **38** 289) anführt, daß es bedenklich erscheine, wenn Eltern einem Gerichtsvollzieher die persönliche Fürsorge über ihr Kind anvertrauen sollten, fällt durchaus nicht ins Gewicht, weil es sich dabei ja nur um ein ganz vorübergehendes Anvertrauen handeln könnte. Ebenso **RG.** JW. **04** 557; Seuffert § 883 Anm. 1.

2. **RG.** JW. **04** 365: Führt der unmittelbare Zwang in den Fällen der §§ 883, 884 nicht zum Ziele, so steht dem Gläubiger, da der mittelbare Zwang nach § 887 Abs. 3 ausgeschlossen ist, nur der Weg des § 893 offen.

§ 885. 1. SächsOLG. **25** 480: Wenn die Zwangsvollstreckung wegen des Anspruchs auf Einräumung einer bestimmten Wohnung um deswillen auf Schwierigkeiten stößt, weil die in Frage kommende Wohnung von einem Dritten bewohnt wird, so läßt sich hierdurch die Vornahme einer Vollstreckung gemäß § 888 nicht rechtfertigen; denn der Inhalt der Verpflichtung selbst bleibt für die Frage, wie deren Vollstreckung zu bewirken sei, maßgebend. Wohl aber ist es der Gläubigerin unbenommen, entweder gegen das Verfahren des Gerichtsvollziehers Einwendung gemäß § 766 zu erheben, wenn dieser vorschriftswidrig handelte, insbesondere den Dritten irrtümlich als Besitzer der einzuräumenden Wohnung angesehen oder dessen etwaige Bereitschaft zur Hergabe der Wohnung übersehen hat, oder aber die Pfändung und Überweisung des Anspruchs des Schuldners wider den Dritten auf Herausgabe der Wohnung gemäß § 886 zu erwirken und sodann diesen Herausgabeanspruch gegen den Dritten zu verfolgen, oder endlich eine Interesseforderung nach § 893 geltend zu machen.

2. Über Vollstreckung eines Urteils auf Herausgabe eines inzwischen dem öffentlichen Eisenbahnverkehre gewidmeten Grundstücks vgl. Fund, R. **03** 309, Wedemeyer ebendort 358.

§ 887. I. 1. **RG.** SeuffA. **58** 244: Die Frage, wie sich die urteilsmäßige Verpflichtung, eine Hypothek zur Löschung zu bringen, vollstrecken lasse, insbesondere ob hierfür der Weg des § 887 beschritten werden kann, ist danach zu beurteilen, ob nach der konkreten Sachlage der Schuldner in der Lage ist, den Hypothekengläubiger zur Aufgabe seines Rechtes zu zwingen. Will der Kläger sich die im § 887 gedachte Ermächtigung erteilen lassen, so muß er dem Gerichte nachweisen, daß er in der Lage sein würde, das zur Auszahlung erforderliche Kapital sich zu beschaffen, und daß der Gläubiger bereit oder sonst rechtlich verpflichtet ist, sich abfinden zu lassen. Vgl. JDR. **1** § 887 Nr. 3.

2. **RG. 55** 57; JW. **03** 272; SeuffA. **59** 379: Eine Auflassung ist, sofern nicht § 894 ZPO. eingreift, nach § 887, nicht nach § 888 zu erzwingen.

3. Dagegen: OLG. **9** 130 (Rostock): Die Erzwingung einer Eintragung ins Grundbuch fällt nicht unter § 887, sondern unter § 888.

4. OLG. Darmstadt, HessRspr. **4** 82: § 887 greift nicht Platz, wenn ein Dritter in die Vornahme der betr. Handlung einwilligen muß, dessen Einwilligung deshalb nicht erzwungen werden kann, weil sie von seiner freien Entschließung abhängt.

5. Hierzu: *v. Tuhr, IheringsJ. **46** 57: Das **RG. 31** Nr. 104 und SeuffA. **52** Nr. 129 erklärt Vollstreckung aus § 887 für unzulässig, wenn die Handlung nur mit Zustimmung eines anderen vorgenommen werden kann (z. B. wenn der Schuldner verurteilt ist, eine Hypothek des X. zu beseitigen, die das Grundstück des Klägers belastet) und verweist auf die Interessеklage. Es erscheint richtiger, nach dem Rechtsgedanken des § 251 Abs. 2 BGB. die Vollstreckung

aus § 887 ZPO. nur dann auszuschließen, wenn sie mit unverhältnismäßigen Opfern für den Schuldner verbunden ist.

II. 1. Nach OLG. 7 327 (Dresden), SeuffA. 58 362 kann die Zwangsvollstreckung wegen Sicherstellung gemäß Art. 29 Abs. 3 WO. auf dieselbe Weise erfolgen, wie die Vollziehung eines dinglichen Arrestes wegen der Wechselsumme. Zur Vermeidung späterer Weiterungen ist es geboten, im Urteilstenor die Zulässigkeit dieses Weges auszusprechen. Dem Sinne der WO. entspricht die Verweisung des Gläubigers auf den Weg der Vollstreckung nach § 887 in keiner Richtung. Es ist zu bezweifeln, daß die Sicherheitsleistung eine Handlung ist, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann. Die Verpfändung von Forderungen oder die Bestellung von Hypotheken wird kaum anders als auf dem Wege von § 894, die Stellung eines Bürgen wird überhaupt nicht erzwungen werden können. Die Hinterlegung von Geld kann allerdings durch einen Dritten vorgenommen werden. Aber der Richter wird bei der Ausübung seines Ermessens durchaus nicht zweckmäßig finden, den Gläubiger mit der ÖsterWO. ausschließlich auf diesen Weg zu verweisen. Denn zunächst ist der Gläubiger von dem Prozeßgericht erster Instanz auf Antrag zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die Handlung, nämlich die Hinterlegung von Geld, vornehmen zu lassen. Er kann zugleich beantragen, den Schuldner zur Vorauszahlung der Kosten zu verurteilen, die durch die Vornahme dieser Handlung entstehen werden, also des baren Betrags der Sicherheit. Auf Grund dieser Verurteilung kann er allerdings die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung (Buch 8, Abschn. 2 ZPO.), also in das gesamte ihr unterliegende Vermögen des Schuldners betreiben und insbesondere auch körperliche Sachen und Forderungen des Schuldners pfänden lassen. Aber ehe er die Verurteilung erwirkt hat, wird leicht der letzte Rest vom Vermögen des Schuldners verschwunden sein, der Sicherheit bot, umsomehr, als der Schuldner vor der Entscheidung zu hören ist (§ 891). Andererseits dringt dieser Weg tiefer in das Vermögen des Schuldners hinein, als zur genügenden Sicherheit des Wechselinhabers nötig ist. Denn auf ihm darf der Gläubiger auch gepfändete bewegliche Sachen und sogar Grundstücke versteigern und gepfändete Forderungen zur Einziehung überweisen lassen, damit der Erlös oder die Zahlung des Drittschuldners in barem Gelde als Sicherheit hinterlegt wird, obgleich ihm schon die Pfändung genügende Sicherheit geboten hätte. Den Zwecken der WO. dient weit besser und genügt zugleich eine Sicherheitsbestellung, die in derselben Art und Weise vollstreckt wird, wie die Vollziehung des dinglichen Arrestes wegen der Wechselsumme.

2. Über die Vollstreckung eines Urteils auf Sicherheitsleistung durch Barhinterlegung vgl. zu § 803 Nr. 2 zu 1 und 2 und IDR. **1** § 887 Nr. 7.

III. 1. BayObLG., R. **03** 133: Die Ermächtigung aus Abs. 1 gehört dem Vollstreckungsverfahren an. Sie darf deshalb nicht schon in der zu der Leistung verurteilenden Entscheidung enthalten sein.

2. OLG. **9** 129 (KG.): Eine Strafandrohung zur Durchführung der dem Gläubiger erteilten Ermächtigung findet nicht statt, unbeschadet der Möglichkeit, nach § 892 einen Gerichtsvollzieher zuzuziehen, falls der Schuldner Widerstand leistet.

3. OLG. Stuttgart, WürttJ. **15** 162: Der Beschluß aus § 887 darf eine Auslegung, nicht aber eine Ergänzung des Urteils enthalten.

IV. 1. OLG. Breslau, BuschsZ. **33** 293; R. **04** 606: Durch die Ermächtigung wird lediglich der Widerstand beseitigt, den der Schuldner durch Nichtvornahme der ihm obliegenden Handlung der Verwirklichung des im Urteil zuerkannten Rechtes entgegensetzt. Sache des Gläubigers ist es, vor Ausführung der erteilten Ermächtigung eine zur Ausführung etwa erforderliche polizeiliche

Genehmigung oder Einwilligung dritter Personen einzuholen. Auf die noch nicht erfolgte Einholung dieser Zustimmungen darf sich aber der Schuldner nicht berufen.

2. OLG. 8 400 (KG.): Das Urteil auf Vornahme einer baulichen Veränderung ist gegen den Vermieter eines Hauses vollstreckbar, wenn der Erwerber die Veränderung erlaubt.

3. RG. **53** 232; JW. **03** 50: Ist der Schuldner verurteilt, Handelsbücher vorzulegen, so kann dem Gläubiger, welcher ermächtigt ist, sich die Bücher unter Zuziehung eines Bücherrevisors vorlegen zu lassen, vom Gericht eine Frist dergestalt gesetzt werden, daß der Gläubiger nur bis zu deren Ablauf die Vorlegung fordern darf.

4. RG. JW. **03** Beil. 77; Gruchots Beitr. **47** 916; SeuffA. **59** 39: Wenn auch die Verurteilung in Immissionsprozessen die Verpflichtung des Beklagten zur Fernhaltung von Störungen in allgemeiner Form aussprechen kann, so muß doch der Kläger in der Zwangsvollstreckungsinstanz genau angeben, welche bestimmten Vorkehrungen zur Fernhaltung der Störungen er verlangt, da andernfalls nicht erkennbar ist, ob für die Vollstreckungsanordnung die Voraussetzungen des § 887 oder die des § 888 vorliegen oder ob etwa beide Maßregeln versagen und daher der Kläger auf den Weg des § 893 beschränkt bleibt.

§ 888. I. 1. RG. JW. **04** 416: Ist die Rechnungslegung, die an sich zu den Handlungen gehört, welche auf Grund des § 888 erzwungen werden können, im einzelnen Falle nicht lediglich von dem Willen des Verpflichteten abhängig, so findet § 888 keine Anwendung.

2. OLG. Naumburg, NaumbAK. **03** 51: Im Falle des § 888 bedarf es — im Gegensatz zu dem des § 890 — keiner besonderen vorhergehenden Strafandrohung. Der das Zwangsmittel enthaltende Beschluß kann vielmehr die Strafandrohung und zugleich den Strafbefehl enthalten, er muß aber durch seine Fassung zum Ausdruck bringen, daß die Straffestsetzung nur behufs Erzwingung der Handlung erfolgt, daß mithin die Strafe nicht beizutreiben ist, wenn vor der Beitreibung die zu vollstreckende Handlung vorgenommen ist.

II. Die Frage, ob eine nach § 888 Abs. 1 ZPO. ausgesprochene Geldstrafe von Amts wegen oder lediglich auf Betreiben der beteiligten Partei zu vollstrecken sei, ist in der Rechtslehre und Rechtsprechung bestritten. Während Gaupp-Stein zu § 888 Nr. 1; Petersen-Anger zu § 888 Anm. 6; Kohler, AzivPr. **80** 255; Wilmowski-Levy zu § 774 Nr. 3 und das OLG. Dresden, BuschsZ. **7** 115 die Vollstreckung auf Betreiben der Parteien vertreten, nehmen Seuffert zu § 888 Nr. 3; Struckmann-Koch zu § 888 Nr. 2; Schneider in BuschsZ. **26** 451 f. an, daß die Vollstreckung von Amts wegen zu erfolgen habe. Auf letzterem Standpunkt steht auch die PrGeschAnw. f. GerVollz. § 90 Nr. 3 und die WürttV. vom 3. 3. 99 (ABl. d. JMin. **99** 9). Das Reichsgericht (II) ist der ersteren Ansicht beigetreten. RG. **53** 181; JW. **03** 27; SeuffA. **59** 41; HessRspr. **3** 161, das OLG. Stuttgart, WürttJ. **15** 327 der letzteren.

III. OLG. Naumburg, NaumbAK. **03** 51: Der Beklagte kann den Einwand, die Handlung vorgenommen zu haben, wenn der Kläger die Erfüllung bestreitet, nur im Klagewege nach § 767 geltend machen, es sei denn, daß er den Beweis der Erfüllung nach § 775 Nr. 4 erbringt. Ebenso: OLG. **7** 326 (Kiel).

IV. Abs. 2 SeuffA. **58** 127 (Dresden): Unzulässig ist auch eine einstweilige Verfügung auf Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrage.

§ 890. I. 1. Nach Hölder, AzivPr. **93** 34 ff., ist die Klage auf Unterlassung das Verlangen, daß gegen den Beklagten ein Verbot der Zuwiderhand-

lung erlassen werde, das über die bloße Feststellung ihrer Unzulässigkeit hinausgeht durch die Möglichkeit, damit die Rechtsfolgen des § 890 zu verbinden. Nach dem Wortlaute des Paragraphen besteht diese Möglichkeit für jeden Fall einer festgestellten Unterlassungspflicht. Eine engere Begrenzung dieser Möglichkeit ergibt sich aber daraus, daß die Feststellung einer Unterlassungspflicht nur verlangt werden kann behufs Beseitigung der Gefahr ihrer Übertretung, und daß deren Beseitigung nur dann nicht schon durch das die Pflicht feststellende Urteil erfolgt, wenn die Gefahr seiner mangelnden Respektierung durch den Beklagten besteht. Die Klage auf Unterlassung ist eine Feststellungsklage, die von anderen Feststellungsklagen sich dadurch unterscheidet, daß für sie die Möglichkeit einer Verstärkung der durch die Feststellung der Unterlassungspflicht gegebenen Sicherheit gegen die Gefahr der Zuwiderhandlung, sowie der Ahndung der trotzdem erfolgten Zuwiderhandlung besteht.

2. Über den Charakter der Strafe im § 890 sagt OLG. **6** 142 (Breslau): Die Strafe ist nicht nur Zwangsmittel, sondern eine der Verbrechensstrafe gleichwertige Maßregel. Dieser Charakter einer wirklichen Strafe zeigt sich besonders darin, daß ihre Festsetzung eine Forderung für die Staatskasse, nicht für den Gläubiger begründet, daß dem Gläubiger jede Einwirkung auf ihre Vollstreckung versagt ist, diese vielmehr von Amts wegen und nach den strafrechtlichen Grundsätzen, nicht aber — bei Haftstrafen — nach den Regeln der §§ 904 f. erfolgt.

II. 1. **RG.** JW. **03** 8: Die Vereinbarung einer Konventionalstrafe in einem vollstreckbaren Vergleiche schließt mangels Anhalts für eine diesbezügliche Absicht der Parteien die Anwendung der Zwangsmittel des § 890 nicht aus.

2. OLG. **6** 142 (Breslau), SächsOLG. **25** 268: Beruht die Verpflichtung des Schuldners auf einem gerichtlichen Vergleiche, so muß doch der Straffestsetzung eine Strafandrohung durch Beschluß des Prozeßgerichts vorausgehen. Die Verabredung einer Vertragsstrafe in dem Vergleich ersetzt die erforderliche richterliche Strafandrohung nicht.

3. **RG.** JW. **03** 8: Es ist nicht unzulässig, eine auf Unterlassung gerichtete Zwangsvollstreckung in der Art vorzunehmen, daß der vorgängige Ausspruch der Strafandrohung auf eine bestimmte Art der Zuwiderhandlung beschränkt und damit zugleich ausgesprochen wird, daß das in der Strafandrohung bezeichnete Verhalten eine Zuwiderhandlung enthalte.

§ 891. OLG. Naumburg, NaumbAK. **04** 68: Auch vor dem Beschlusse, der die Strafe androht, ist der Schuldner zu hören.

§ 893. **RG.** JW. **03** 290, R. **03** 433: Auch ohne vorherige Durchführung der Zwangsvollstreckung aus dem Urteile kann der Interesseanspruch aus § 893 verfolgt werden, wenn die Parteien auf die weitere Erörterung der Frage, ob dem Urteile Genüge geleistet sei, im Vollstreckungsverfahren stillschweigend oder ausdrücklich verzichtet haben.

§ 894. I. 1. *Oetker, JLBl. **15** 122: Die Klage aus § 894 ist keine Bewirkungsklage (gegen Seuffert). Vgl. JDR. **1** § 894 I Nr. 2.

2. *Pohl, Die juristische Natur des Bierlieferungsvertrags ꝛc. (Bonn 1904) 19 ff.: Der § 894 dient auch zur Verwirklichung des Anspruchs einer Partei auf Mitwirkung der anderen Partei zum Abschluß eines Konsensualvertrags als Hauptvertrag aus einem Vorvertrag. Denn wer aus einem Vorvertrag auf Abschluß eines Konsensualvertrags Klage erhebt, erklärt damit seinerseits die nötige Bereitwilligkeit zum Abschlusse des entsprechenden Hauptvertrags, setzt sich also damit von selbst in die Rolle eines Offerenten. Sein Anspruch, seine Klage geht also genauer betrachtet darauf, daß die andere Partei eine Willenserklärung abgebe, nämlich die Annahme erkläre zu seiner aus dem Vorvertrage sich ergebenden Offerte zum Abschlusse des entsprechenden Hauptvertrags. Und dann

kann eben nach § 894 die andere Partei zur Abgabe dieser Willenserklärung verurteilt werden, und, da allerdings der Wille als solcher nicht naturaliter gezwungen werden kann, gibt die Rechtsordnung zur Verwirklichung des rechtskräftig zuerkannten Anspruchs das Mittel, daß die Erklärung, selbstverständlich nur, wenn sich der rechtskräftig verurteilte Schuldner auch jetzt noch weigern sollte, als abgegeben angesehen wird. Die Rechtsordnung will und gibt also damit allgemein den Schutz des rechtmäßigen Anspruchs auf Abgabe einer Willenserklärung und damit speziell den Schutz eines Anspruchs auf Abschluß eines Hauptvertrags, des contrahere, aus einem Vorvertrage.

II. Findet § 894 auf vollstreckbare Vergleiche (§ 794 Abs. 1 Ziff. 1) Anwendung?

a) RG. **55** 57, SeuffA. **59** 379: § 894 Abs. 1 findet keine Anwendung, wenn sich eine Partei in einem vollstreckbaren Vergleich (§ 794 Abs. 1 Ziff. 1) zur Abgabe einer Willenserklärung verpflichtet hat, da solcher Vergleich keine „Verurteilung" enthält.

Konrad Förster, R. **03** 260, gelangt zu demselben Ergebnisse, weil der § 894 Sondervorschriften für die Vollstreckung eines Urteils enthalte und der die Willenserklärung der Partei ersetzende richterliche Wille, wie er bei einem Urteil aus § 894 eintrete, bei einem Prozeßvergleiche fehle.

*Reichel, Jherings J. **46** 163: Auf einen vollstreckbaren Vergleich oder Vertrag vor dem Richter der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit findet § 894 keine Anwendung.

b) Dagegen SächsOLG. **25** 162: Der § 894 findet auch auf Prozeßvergleiche Anwendung. Die gegenteilige Meinung der Kommentatoren, die sich darauf stützt, daß nach § 794 der Vergleich einem Urteile wie in Ansehung der Zwangsvollstreckung gleichstehe, eine solche aber im Falle des § 894 gar nicht stattfinde, faßt den Begriff der Zwangsvollstreckung zu eng. Gaupp-Stein, welche die Anwendung des § 894 deswegen ausschließen, weil die bezeichnete Vorschrift eine rechtskräftige Verurteilung des Schuldners zur Voraussetzung habe, der Vergleich aber der Rechtskraft nicht fähig sei, verkennen, daß der ohne Vorbehalt des Widerrufs geschlossene Vergleich einem rechtskräftigen Urteile gleichsteht. Ebenso Kretzschmar, R. **03** 357.

Josef, R. **03** 502 rät, die Prozeßvergleiche nicht dahin zu fassen: „der Schuldner verpflichtet sich, die Eintragung zu bewilligen", sondern gleich „der Schuldner bewilligt hiermit ....", so daß Vergleichsabschluß und Erfüllung zusammenfallen und der Gläubiger dann jedenfalls auf Grund der Vergleichsurkunde unmittelbar die Eintragung erwirken kann.

III. 1. RG. **53** 22, JW. **03** Beil. 15: Ist der Schuldner alternativ zur Abgabe einer Willenserklärung oder zu einer Leistung verurteilt und hängt die Wahl von dem Schuldner ab, so findet nicht § 894, sondern § 887 Anwendung.

2. Rieß, Gruchots Beitr. **48** 501: Ist der Schuldner verurteilt, nach seiner Wahl die eine oder die andere Willenserklärung abzugeben, so ist die Vollstreckung des Urteils in analoger Anwendung des § 887 vorzunehmen. Der Gläubiger muß sich vom Prozeßgericht erster Instanz ermächtigen lassen, die Abgabe der alternativ geschuldeten Willenserklärung durch einen Dritten oder sich selbst zu bewirken. A. M. Gaupp-Stein (5) II 713: Der Gläubiger kann ohne weiteres die Vollstreckung dadurch herbeiführen, daß er durch Erklärung gegenüber dem Schuldner die ihm tatsächlich zustehende Wahl ausübt.

Hellwig, Anspruch u. Klagerecht 454: In analoger Anwendung der §§ 726 Abs. 1, 730 ist dem Gläubiger auf Anordnung des Vorsitzenden eine vollstreckbare Ausfertigung erst dann zu erteilen, wenn er den Beweis seiner Wahl geführt hat.

3. *Reichel, Iherings J. **46** 163: Solange das den Beklagten zur Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung verurteilende Erkenntnis die Rechtskraft noch nicht erlangt hat, ist es nicht geeignet, die Grundlage einer Vormerkung zu bilden. Für den Fall einer Definitiveintragung greift § 895 Platz.

§ 895. *Reichel, Iherings J. **46** 164, schlägt für die Vormerkung auf Grund des § 895 die Bezeichnung Zwangsvormerkung vor.

Vierter Abschnitt. Offenbarungseid und Haft.

§ 899. Literatur: Vgl. zu § 807.

1. *Bondi, Buschs Z. **32** 233: Hat für einen prozeßunfähigen Schuldner der gesetzliche Vertreter den Offenbarungseid zu leisten, so richtet sich die Zuständigkeit nach dem Wohnorte des prozeßunfähigen Schuldners, ebenso bei der Abnahme des Offenbarungseides von Gesellschaftern für offene Handelsgesellschaften oder Kommanditgesellschaften nach dem Sitze der Gesellschaft.

2. OLG. **6** 144, SeuffA. **58** 45, SächsOLG. **24** 78 (Dresden): Ist eine juristische Person die Schuldnerin, so ist die Leistung des Offenbarungseides beim Amtsgerichte ihres Sitzes (§ 17 ZPO.), nicht bei dem Gericht des Wohnsitzes des schwurpflichtigen gesetzlichen Vertreters zu verlangen.

3. OLG. **6** 145 (Breslau): Für die Ergänzung der Eidesleistung ist dasjenige Amtsgericht, welches den Haftbefehl zur Erzwingung des Eides erlassen hat (§§ 899, 901) und nicht das Amtsgericht des Haftortes, bei welchem der Schuldner gemäß § 902 den Eid geleistet hat, ausschließlich zuständig.

§ 900. I. LG. Köln, Buschs Z. **31** 528: Die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides bei ein und demselben Vollstreckungstitel ist nicht in dem Sinne teilbar, daß wegen verschiedener Teile des einen vollstreckbaren Anspruchs das Offenbarungsverfahren wiederholt vollständig durchgeführt werden könnte. Es wäre dies nicht eine Teilung, sondern eine Vervielfältigung der Eidespflicht; hat daher der Gläubiger dem Schuldner einen Teil der Forderung bis zum Offenbarungseidsverfahren geleistet, und ist auf einen Widerspruch des Schuldners über die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides entschieden worden, so ist die Vollstreckungsmaßregel erschöpft und kann nicht erneuert werden, auch nicht wegen eines anderen Teilbetrages der nämlichen Forderung.

II. 1. KG., R. **04** 142: Der Prozeßbevollmächtigte des Gläubigers hat sich im Offenbarungseidsverfahren, selbst wenn der zugrunde liegende landgerichtliche Schuldtitel ihn aufführt, durch Vorlegung der Vollmacht zu legitimieren.

2. LG. Posen, PosMschr. **04** 130: Die Ladung zum Offenbarungseidstermin ist dem Prozeßbevollmächtigten des Schuldners zuzustellen.

3. *Bondi, Buschs Z. **32** 234: Die den Beginn des Offenbarungseidsverfahrens bildende Ladung des Schuldners ist, sofern dieser prozeßunfähig ist, durch eine Ladung des gesetzlichen Vertreters zu ersetzen. Bei einer Mehrheit gesetzlicher Vertreter ist jeder besonders zu laden. Die Zustellung erfolgt an den einzelnen gesetzlichen Vertreter für seine Person, nicht an die prozeßunfähige Partei.

III. 1. LG. Duisburg, bestätigt vom OLG. Hamm, DJZ. **03** 228: Der Schuldner kann gegen die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides schriftlich Widerspruch erheben. Aus § 900 Abs. 2 darf nicht e contrario das Gegenteil geschlossen werden. Vgl. JDR. **1** § 900 Nr. 3.

2. OLG. Hamburg, DJZ. **03** 108: Die rechtskräftige Verwerfung eines früheren Widerspruchs durch Beschluß schließt nicht die Erhebung eines neuen Widerspruchs aus, wie sich insbesondere aus dem Schlußsatz des § 900 ergibt. Vgl. JDR. **1** § 900 Nr. 4.

3. OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 300: § 900 Abs. 3 letzter Satz setzt voraus, daß ein Widerspruch des Schuldners in demselben Verfahren demselben Gläubiger gegenüber rechtskräftig zurückgewiesen ist.

§ 901. 1. LG. II Berlin, KGBl. **04** 80: Dem sich nach Schluß des Termins meldenden Schuldner darf der Offenbarungseid ohne Zustimmung des Gläubigers nicht abgenommen werden.

2. LG. Dresden, Buschs Z. **31** 140: Der Widerspruch des Schuldners gegen die Offenbarungspflicht ist auch nach Rechtskraft des Haftbefehls noch zulässig. Auf Gesuch des Schuldners hat gemäß § 769 das Gericht den Vollstreckungszwang einstweilen einzustellen, wenn der Widerspruchsgrund glaubhaft gemacht wird.

3. (KO. §§ 12, 14.) *Kleinfeller, Böhms Z. **13** 9: Aus dem Zwecke der Haft, zur Sicherung der Zwangsvollstreckung oder zur Erzwingung eines Offenbarungseides zu dienen, ergibt sich ein Recht des Schuldners, die Aufhebung der Haft wegen Konkurseröffnung zu verlangen, wenn der Gläubiger, auf dessen Betreiben die Haft verhängt wurde, teilnahmeberechtigter Konkursgläubiger ist. Wenn die Haft zur Erzwingung einer sonstigen Handlung, Duldung oder Unterlassung angeordnet ist und infolge des Konkursverfahrens der Haftgrund wegfällt, hat der Schuldner ein Recht auf Aufhebung auch gegenüber demjenigen Gläubiger, welcher nicht Konkursgläubiger ist.

4. LG. Cöln, Buschs Z. **31** 527: Der erlassene Haftbefehl ist vom Richter von Amts wegen aufzuheben, sofern sich herausstellt, daß der Schuldner eidesunfähig ist.

§ 902. SächsOLG. **25** 87, SeuffA. **58** 208 (Dresden): Die Haftentlassung des Schuldners ist nicht als Entscheidung im Sinne des § 793 oder 567 anzusehen; sie ist lediglich eine prozeßleitende Anordnung. Eine solche unterliegt aber auch nicht im Zwangsvollstreckungsverfahren der sofortigen Beschwerde. Wird der Schuldner trotz ungenügender Eidesleistung entlassen, so muß der Gläubiger ihn erneut zur Eidesleistung laden.

§ 903. I. 1. LG. Frankfurt a. M., FrankfRundsch. **04** 219: Der Schuldner kann sich auf § 903 nur berufen, wenn er den Offenbarungseid unter Beobachtung der Vorschriften des § 807 geleistet, also z. B. in betreff der verzeichneten Forderungen auch den Grund und die Beweismittel angegeben hat. Sonst kann Vervollständigung des Verzeichnisses und erneute eidliche Erhärtung verlangt werden. Ebenso: LG. Bromberg, PosMschr. **03** 12. Vgl. IDR. **1** § 903 Nr. 4.

2. *Bondi, Buschs Z. **32** 235: Die prozeßunfähige Schuldnerpartei ist als eine solche, die den Offenbarungseid geleistet hat, erst zu behandeln, wenn alle schwurpflichtigen Vertreter ihrer Eidespflicht genügt haben. Immerhin wird man sie aus Zweckmäßigkeitsgründen in das nach § 915 geführte Register schon dann eintragen, wenn wenigstens einer ihrer schwurpflichtigen Vertreter für sie den Offenbarungseid geleistet hat oder gegen ihn wegen Verweigerung dieses Eides die Haft angeordnet ist; jedoch muß diesfalls aus dem Register ersichtlich sein, bei welchem der Schwurpflichtigen der betreffende Fall vorliegt.

3. OLG. **6** 144 (KG.): Im bloßen Umsatz eines Vermögensstückes in einen anderen Vermögenswert kann der spätere Erwerb von Vermögen nicht ohne weiteres gefunden werden; sonst wäre der § 903 fast illusorisch, da ein teilweiser Wechsel von Vermögensstücken durch Umsatz gegen andere sich wirtschaftlich regelmäßig bei jeder Person vollziehen wird. Nur dann würde man von einem späteren Erwerb von Vermögen sprechen können, wenn ein später anderweit durch Umsatz verwertetes Vermögensstück zur Zeit der Leistung des Offenbarungseides für die Zwangsvollstreckung große, schwer zu überwindende

Schwierigkeiten bot, die Verwertung aber demnächst zu einem Preise erfolgte, dessen Erzielung überhaupt gar nicht nach Lage der Verhältnisse erwartet werden konnte.

II. 1. LG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 34: Das Gericht hat, wenn ihm bekannt ist, daß der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre den Offenbarungseid geleistet hat, von Amts wegen die Terminsbestimmung abzulehnen.

2. OLG. **6** 142 (Köln): Der § 903 ist öffentlichen Rechtes, er soll unnötige Verhaftungen und Eidesleistungen ausschließen und muß daher, da es sich um ein unverzichtbares Recht des Schuldners handelt, vom Richter stets und von Amts wegen angewendet werden, sobald seine Voraussetzungen vorhanden und dem Richter bekannt geworden sind. Unrichtig ist daher die in der Literatur und Rechtsprechung vielfach vertretene Ansicht, daß der Schuldner nur bis zum Erlaß des Haftbefehls seine Verpflichtung zur Eidesleistung bestreiten könne und daher, falls wegen Ausbleibens Haftbefehl gegen ihn ergangen, mit seinem Einwande des bereits geleisteten Eides ausgeschlossen sei. Der Schuldner kann sich vielmehr noch nach Erlaß des wegen Ausbleibens im Eidesleistungstermin gegen ihn ergangenen Haftbefehls durch Einlegung der sofortigen Beschwerde auf § 903 berufen. Vgl. JDR. **1** § 903 Nr. 1, 2.

§ 909. *Koppmann, JustizdRundsch. **04** 266: Der Gerichtsvollzieher ist nicht befugt, den Schuldner in einer fremden Wohnung ohne Zustimmung des Wohnungsinhabers zu verhaften. Dies ergibt sich einerseits aus den Bestimmungen des BGB. über Besitz- und Eigentumsschutz, andererseits aus § 758 ZPO. Die Beschränkung des Gerichtsvollziehers auf die Räume des Schuldners ergibt sich aus dem Schuldtitel, der dem Haftbefehle zugrunde liegt. (Motive zu § 909 577/78, Petersen-Anger Note 1 zu § 909 und 758 ZPO., Gaupp-Stein a. a. O. [A. M. Huber, Die reichsrechtl. Bestimmungen für die Gerichtsvollzieher].) Würde der Gerichtsvollzieher der Aufforderung des Wohnungsinhabers, die Wohnräume zu verlassen, nicht nachkommen, würde er sich einer strafbaren Handlung aus § 123 RStGB. schuldig machen.

§ 911. Über die Verpflichtung der armen Partei zur Zahlung des Haftkostenvorschusses handelt *Winter, R. **04** 237, welcher in ausführlicher Würdigung der Gegengründe und unter Zusammenstellung der Vertreter der sich entgegenstehenden Ansichten für die Befreiung des armen Gläubigers von der Vorauszahlungspflicht eintritt. § 911 stellt die Regel dar; § 115 Nr. 1 die Ausnahme. Zu den baren Auslagen, von deren Berichtigung ein armer Gläubiger nach § 115 Nr. 1 befreit ist, gehören nach § 79 Nr. 8 GKG. auch die Haftkosten (vgl. o. Ziff. I 1 zu § 115).

§ 915. *Coermann, DJZ. **04** 939: Da Haftbefehlsbeschlüsse im Offenbarungseidsverfahren nach § 329 ZPO. nicht zugestellt zu werden brauchen, wenn sie im Termin verkündet werden, der Erlaß des Haftbefehls von der Anwesenheit des Gläubigers aber nicht abhängig ist, kommt es vielfach vor, daß Haftbefehle auf Grund früheren schriftlichen Antrags gegen ausbleibende Schuldner ergehen, trotzdem die Zahlung bereits erfolgt ist. Die Aufnahme solcher Schuldner in die Liste der Zahlungsunfähigen kann das Gericht nicht unterlassen, da ihm die Schuldtilgung nicht bekannt ist. Zur Vermeidung solcher Härten empfiehlt sich in allen derartigen Fällen eine amtliche Benachrichtigung des Schuldners vom Erlaß des Haftbefehls.

Fünfter Abschnitt. Arrest und einstweilige Verfügung.

§ 916. I. Abs. 1. 1. **RG. 54** 162, JW. **03** 181, SeuffA. **59** 251: Wegen einer Forderung aus einem gegenseitigen Vertrage kann eine Arrestanordnung stattfinden, auch wenn der Berechtigte die ihm nach dem Vertrage obliegende Verbindlichkeit noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllt hat.

2. OLG. 7 38 (Hamburg): Die §§ 1123, 1124 BGB. geben dem Hypothekengläubiger für sich allein noch keinen selbständigen Arrestgrund.

II. Abs. 2. 1. OLG. Hamburg, SeuffA. 58 47: Wegen eines noch nicht rechtskräftigen Anspruchs auf Erstattung von Prozeßkosten findet ein Arrest nicht statt. Der mögliche Prozeßkostenanspruch ist kein bedingter.

2. LG. I Berlin, KGBl. 04 80: Wegen der voraussichtlichen Kosten des Strafverfahrens findet gegen den noch nicht rechtskräftig verurteilten Angeklagten ein Arrest nicht statt, da der Anspruch des Staates auf Kostenerstattung erst mit der rechtskräftigen Verurteilung entsteht, vor dieser also auch nicht als bedingter besteht.

§ 917. **RG.** JW. **04** 557: Der Vollstreckung des Urteils muß ein tatsächliches Hindernis drohen. Nicht erforderlich ist, daß dies Hindernis auf den Willen des Schuldners zurückzuführen ist.

§ 919. OLG. 7 330 (Hamm), bestätigt durch **RG.**-Urteil v. 30. 7. 03: Das Berufungsgericht, das eine zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung vorbehält (§ 302 Abs. 4 ZPO.), ist für den zur Sicherung der Gegenforderung nachgesuchten Arrest nicht das Gericht der Hauptsache im Sinne des § 919. Der Arrest findet statt zur Sicherung der Zwangsvollstreckung. Zu einer Zwangsvollstreckung wegen des Gegenanspruchs kann es aber auf Grund des Aufrechnungseinwandes nie kommen.

§ 920. 1. OLG. 6 424 (KG.): Da der Antrag auf Erlaß eines Arrestes dem Anwaltszwange nicht unterliegt, so hat das Gericht, wenn ein Bevollmächtigter den Antrag stellt, nach § 88 ZPO. den Mangel der Vollmacht von Amts wegen zu berücksichtigen.

2. Über Rechtshängigkeit im Arrestprozesse vgl. § 921 Nr. 1.

3. **RG.** SeuffA. 59 299: Im Arrestverfahren genügt sowohl für die Angriffs- wie für die Verteidigungsmittel die Glaubhaftmachung.

Zu §§ 921 ff. Literatur: Blanckmeister, Das Versäumnisverfahren bei Arresten und einstweiligen Verfügungen, PosMschr. **04** 65 ff.

1. *Blanckmeister hält ein Versäumnisverfahren im Falle einer mündlichen Verhandlung an sich für zulässig und untersucht die einzelnen denkbaren Fälle:

a) Im Falle des § 921 ist der nicht erscheinende Arrestkläger entsprechend dem § 330 ohne weiteres mit seinem Antrage durch Versäumnisurteil abzuweisen. Erscheint dagegen der Arrestbeklagte nicht, so ist der Arrestkläger — und zwar durch kontradiktorisches Urteil — mit seinem Antrage abzuweisen, wenn die angeführten Tatsachen den Arrestantrag nicht rechtfertigen, d. h. entweder den Arrestanspruch rechtlich nicht begründen oder nicht genügen, um die Voraussetzungen des Arrestes nach den §§ 917, 918 als gegeben erscheinen zu lassen; anderenfalls ist durch Versäumnisurteil der Arrest anzuordnen und zwar, ohne daß es einer Glaubhaftmachung der ihn begründenden Tatsachen bedarf (letzteres bestritten). Vgl. unten zu § 922 Nr. 1.

b) Wird nach Anordnung des Arrestes durch Beschluß Widerspruch erhoben, so hängt die Bemessung der Folgen des Ausbleibens einer Partei in der mündlichen Verhandlung davon ab, wie die Parteirollen zu verteilen sind. Verfasser ist der Ansicht, daß der widersprechende Arrestschuldner die Rolle des Beklagten, der Gläubiger diejenige des Klägers behält.

Hiernach ist der ausbleibende Arrestgläubiger ohne sachliche Prüfung mit seinem Antrage durch Versäumnisurteil abzuweisen.

Bleibt dagegen der Arrestschuldner aus, so ist unter sinngemäßer Anwendung des § 331 wie unter a) zu prüfen, ob das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers den Arrestantrag rechtfertigt oder nicht. Bejahendenfalls ist der Arrest zu bestätigen, anderenfalls aufzuheben oder abzuändern. Das Urteil

ist, soweit es den ausgebliebenen Arrestschuldner ungünstiger stellt als der Arrestbefehl, ein Versäumnisurteil, anderenfalls ein kontradiktorisches. — Das tatsächliche Vorbringen des Klägers, das als zugestanden angenommen werden soll, muß dem Beklagten vorher zugestellt sein.

c) Handelt es sich um Aufhebung des Arrestes wegen unterlassener Erhebung der Klage im Falle des § 926 Abs. 2, so erhält der Arrestschuldner die Rolle des Klägers, der Arrestgläubiger die Rolle des Beklagten. Hiernach bemessen sich die Folgen der Versäumnis.

d) Beantragt der Arrestschuldner in Gemäßheit des § 927 die Aufhebung des Arrestes wegen veränderter Umstände, so wird er zum Kläger, der Arrestgläubiger zum Beklagten, und danach bemessen sich die Folgen der Versäumnis.

e) Im Falle des § 934 ist für ein Versäumnisverfahren kein Raum. Die mündliche Verhandlung ist nur ein Mittel zur besseren Information.

f) Bei einstweiligen Verfügungen sind die Fälle a) bis d) ebenfalls denkbar und wie dort zu behandeln. — Fall e) kann nicht eintreten. — In dem besonderen Falle des § 942 ist ein Versäumnisverfahren ebenfalls denkbar und nach allgemeinen Regeln zu behandeln.

2. OLG. **9** 82 (Hamburg): Für das Arrestverfahren gelten die Vorschriften des 2. Buches über Versäumnisurteile nicht.

§ 921. 1. OLG. **6** 425, SeuffA. **59** 42 (KG.): Rechtshängigkeit der Streitsache im Arrestprozesse entsteht schon durch den Eingang des Arrestantrags bei Gericht. Fordert das Gericht den Gegner zu einer Erklärung auf, so erwirbt er damit seinerseits das Recht auf richterliches Gehör, kann seine Verteidigung vorbereiten und in Befolgung der gerichtlichen Aufforderung sich zur Sache selbst einlassen, endlich auch eine Entscheidung mindestens über die Kosten verlangen. Auch nach Rücknahme des Arrestantrags kann der Gegner den Arrestantragsteller zur Verhandlung über die Kosten laden. Für dies Recht zur Ladung ist es unerheblich, ob der Arrestsucher ihm das Gesuch oder eine Anordnung des Gerichts, daß mündliche Verhandlung stattfinden solle, hat zustellen lassen oder nicht.

2. Über die Arrestanordnung gegen Sicherheit spricht sich OLG. **6** 425, SeuffA. **59** 45 (Hamburg) wie folgt aus: Soll ein Arrest von einer Sicherheit abhängig gemacht werden, so sind dafür zwei Wege möglich. Der eine Weg ist der, daß zunächst das Gericht das Verlangen einer Sicherheitsleistung in anzugebender Höhe dem Antragsteller zu erkennen gibt, und sodann, nachdem die Sicherheit geleistet ist, den Arrest anordnet. Der andere Weg ist der, daß der Arrest in bedingter Form erteilt oder, was praktisch auf dasselbe hinausläuft, die Vollziehung des Arrestes an die Bedingung der Sicherheitsleistung geknüpft wird. Beide Formen sind an sich zulässig, wie mit der Mehrzahl der Schriftsteller und Präjudikate anzunehmen ist (Gaupp-Stein zu § 921 Anm. II 2). Andere dagegen (vgl. die bei Struckmann-Koch zu § 921 Note 2 angeführten) halten nur den ersten dieser Wege zulässig; anscheinend auch das **RG.** (**36** 359). Jedenfalls ist aber dieser Weg in denjenigen Fällen vorzuziehen, wenn eine Sicherheit überhaupt nicht oder nur in einer geringen Höhe angeboten ist. Denn der Antragsteller läuft in diesem Falle Gefahr, daß er die verlangte Sicherheit, auf die er nicht gefaßt war, nicht schnell genug wird beschaffen können, um die im § 928 Abs. 2, 3 vorgesehenen kurzen Fristen einhalten zu können.

§ 922. 1. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 57: Ist mündliche Verhandlung angeordnet, so erfolgt die Entscheidung auch bei Nichterscheinen des Antragsgegners durch Endurteil. Auch in diesem Falle sind Anspruch und Arrestgrund glaubhaft zu machen. § 331 Abs. 1 findet keine Anwendung.

2. Die Streitfrage, ob bei Anordnung des Arrestes durch Beschluß die Kosten dem Gegner des Antragstellers aufzuerlegen sind — vgl. JDR. **1** § 922 Nr. 1 —, ist verneint vom LG. Gießen, HessRspr. **3** 4. Bejahend jetzt auch Seuffert § 922 Anm. 5a.

3. **RG. 52** 270, SeuffA. **58** 211: Bezüglich der Zulässigkeit der Revision gegen ein Endurteil, durch welches das Oberlandesgericht auf Beschwerde über die Ablehnung einer einstweiligen Verfügung diese erlassen hat, vgl. zu § 545 Nr. 2.

§ 923. 1. OLG. **7** 330 (Dresden): Der § 923 beruht nach den Motiven auf dem gesetzgeberischen Grunde, daß der Schuldner befugt sein soll, die Sicherung seines Gläubigers auf die ihm leichteste Weise zu bewirken; nur ist im Gegensatze zu § 232 BGB. und § 108 ZPO. die Art der Sicherheitsleistung auf Hinterlegung von Geld beschränkt. Nichtsdestoweniger wird im Zweifel das durch die Hinterlegung gemäß § 923 ZPO. begründete Rechtsverhältnis nach § 233 BGB. beurteilt werden müssen.

Die Hinterlegung der Arrestsumme ist nicht Leistung zur Schuldtilgung, die nach § 267 BGB. regelmäßig auch ein Dritter bewirken kann, sondern Ausübung eines prozessualen Rechtes, welche an sich nur dem Schuldner zusteht (**RG. 20** 397). Daraus folgt aber keineswegs, daß die Hinterlegung eines Dritten ausgeschlossen wäre oder schlechterdings als Hinterlegung des Schuldners behandelt werden müßte. Abweichungen von § 923 sind unbedenklich, wenn der Arrestgläubiger einwilligt. Wie der letztere nicht behindert ist, dem Schuldner den Umtausch hinterlegten Geldes gegen geeignete Wertpapiere zu gestatten oder der Hinterlegung von Wertpapieren an Stelle der Arrestsumme zuzustimmen, ebenso ist kein Grund erfindlich, aus dem die Einwilligung des Gläubigers zur Hinterlegung des Arrestbetrags von seiten eines Dritten auf dessen eigenen Namen als unwirksam behandelt werden müßte. Allerdings ließe sich wohl die Meinung vertreten, daß der Gläubiger solchenfalls nicht die Füglichkeit habe, seine Befriedigung aus der Forderung des Dritten auf Rückerstattung der Arrestsumme im Sinne von § 233 BGB. nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften zu suchen, weil er gegen den Dritten keinen Vollstreckungstitel erlangt, sondern nur zur Geltendmachung der Rechte aus der Hinterlegung selbst berechtigt sei (§ 1282 Abs. 1 BGB.). Indessen wenn er seine gesetzlichen Befugnisse aus § 923 ZPO. einschränken will, so ist das lediglich seine Sache.

2. Hinsichtlich der Anwendung des § 923 bei Eintragung einer Arresthypothek vgl. u. Ziff. 2 zu § 932.

§ 924. OLG. Colmar, R. **04** 555: Der Widerspruch ist ein dem Einspruche verwandter Rechtsbehelf. Der Gläubiger bleibt deshalb auch im Widerspruchsverfahren Arrestkläger. Ebenso Blanckmeister a. a. O. und OLG. **9** 134 (Kiel).

§ 925. 1. OLG. **9** 134 (Kiel): Die Aufhebung des Arrestes ist einer Klagabweisung gleichzuachten, §§ 91—105 finden Anwendung.

2. OLG. Breslau, R. **04** 338: Durch die Bestätigung des Arrestes gegen Sicherheitsleistung wird die Kostenlast des Arrestschuldners nicht berührt.

§ 926. Marcus, R. **04** 189: Nicht nur die Kosten der Aufhebung des Arrestes, sondern auch die in dem voraufgegangenen Verfahren dem Arrestschuldner auferlegten, treffen den Arrestkläger. Anders im Falle des § 927.

§ 927. 1. OLG. **6** 428 (Hamburg): Auch der Arrestkläger kann den Antrag auf Aufhebung des Arrestes oder der Arrestvollziehung stellen.

2. **RG.** SeuffA. **58** 213: Betr. Zulässigkeit der Revision gegen Endurteile des OLG. auf Grund des § 927 Abs. 2 vgl. **RG. 50** 342, JDR. **1** zu § 927 Nr. 2.

3. Marcus, R. **04** 189: Lediglich die Kosten des Nachverfahrens werden mit der Frage der Fortexistenz des Arrestes in litem deduziert und nur über die Kosten dieses Verfahrens ist nach § 91 zu entscheiden. Anders im Falle des § 926.

4. RG. **57** 223, JW. **04** 264, R. **04** 338: Durch § 927 werden die allgemeinen Bestimmungen über Rechtsmittel nicht berührt. Es ist nicht ausgeschlossen, in der Berufungsinstanz des Bestätigungsverfahrens gemäß § 529 ZPO. neue Tatsachen vorzubringen und zwar ohne Unterschied, ob solche vor oder nach Erlaß des Arrestes eingetreten sind (vgl. dagegen hinsichtlich der Revisionsinstanz RG. JW. **99** 394).

§ 929. 1. OLG. Colmar, Buschs Z. **32** 372, ElſLothrJZ. **29** 251, R. **03** 214: Für den Beginn der Frist des § 929 Abs. 2 ist die Bekanntmachung der Anordnung des Arrestes maßgebend, mag sie durch Urteil oder Beschluß (§ 922) erfolgt sein. Ob Widerspruch erhoben wird oder nicht, ist für den Fristablauf gleichgültig (vgl. § 924 Abs. 3).

2. KG., R. **04** 22: Wird der Arrestbefehl dem Gläubiger formlos ausgehändigt, so läuft die Ausschlußfrist des Abs. 2 erst vom Tage der durch den Gläubiger an den Schuldner bewirkten Zustellung an.

3. NaumbAK. **04** 86: Bei — durch Sicherheitsleistung — bedingten Arrestbefehlen braucht vor der Arrestvollziehung nur die Sicherheit geleistet und dies dem Vollstreckungsorgan nachgewiesen zu sein (§ 751); die Urkunde über die erfolgte Sicherheitsleistung braucht jedoch dem Schuldner nur innerhalb der im § 929 Abs. 3 bestimmten Frist — nicht schon vor der Arrestvollziehung — zugestellt zu sein.

4. LG. Graudenz, PosMſchr. **03** 12, 13: Das Vollstreckungsgericht hat auf Antrag die Löschung einer Arrest-Sicherungshypothek anzuordnen, wenn die Zustellung der einstweiligen Verfügung nicht in der gehörigen Frist erfolgt ist.

5. Über Vollziehung einer einstweiligen Verfügung s. § 936.

§ 930. 1. OLG. Colmar, ElſLothrJZ. **29** 251: Der Beschluß des Arrestgerichts, durch den dieses auf Grund eines Arrestbefehls eine Forderung pfändet, ist keine Entscheidung im Sinne des § 793, sondern ein Akt der Zwangsvollstreckung selbst, gegen den nur Einwendungen aus § 766 erhoben werden können.

2. Über die Frage, ob auch auf Grund eines Arrestbefehls der Offenbarungseid verlangt werden kann, vgl. o. zu § 807 Nr. 1 b.

§ 932. I. Abs. 1. 1. OLG. **7** 355 (Karlsruhe): Bei Liegenschaftsarrest für Unterhaltsrenten muß die Arrestsumme so hoch bemessen werden, daß aus ihren Zinsen die jährlichen Renten bezahlt werden können.

2. *Wolff, R. **04** 311: Arresthypotheken dürfen in Höhe eines Teilbetrages der zulässigen Maximalhypothek eingetragen werden. Die Verweisung im § 932 Abs. 1 auf § 923 und die Natur der Maximalhypothek veranlassen, schon bei Ausbringung des Arrestbefehls denjenigen Teilbetrag zu bezeichnen, bis zu dessen Höhe die Vollziehung im Wege der Eintragung einer Hypothek beabsichtigt wird, und anzugeben, ob im übrigen die Vollziehung in das bewegliche Vermögen, die Vollziehung des persönlichen Sicherheitsarrestes, beabsichtigt wird oder nicht.

II. Abs. 2. Die Streitfrage, ob die Eintragung einer Arresthypothek an die Voraussetzung geknüpft ist, daß der einzutragende Betrag 300 M. übersteigt — vgl. JDR. **1** § 932 Nr. 1 — ist bejaht vom OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 265. Neuerdings auch vom RG. ZBlFrG. **5** 832 ff. Ebenso außer den JDR. **1** Angeführten: Dernburg, Sachenrecht (2) 679; Kretzschmar, Einf. i. d. GrdbR. 249; a. M. auch Cosack, Bürg. R. II § 226.

III. Abs. 3. OLG. 9 84, ElsLothrJZ. 29 458, R. 04 81 (Colmar): Der Eintragungsantrag gilt nur dann als Vollziehung, wenn innerhalb der zweiwöchigen Frist des § 929 Abs. 2 alle zur Eintragung erforderlichen Unterlagen dem Grundbuchamt unterbreitet sind.

§ 934. **RG.** HansGerZ. 03 Beibl. 120: Der Vollziehungsbeschluß ist ferner aufzuheben, wenn die einstweilige Verfügung selbst aufgehoben wird.

§ 935. I. 1. **RG.** 52 138, SeuffA. 58 252: Zur Sicherung des dinglichen Rechtes des Hypothekengläubigers auf die Mieten des belasteten Grundstücks ist eine einstweilige Verfügung zulässig. — Ist Konkurs über das Vermögen des Grundstückseigentümers eröffnet, so bedarf es, da der Konkursverwalter pflichtgemäß die Mieten der Konkursmasse zuführen müßte, für den Hypothekengläubiger keiner weiteren Glaubhaftmachung, daß sein Anspruch gefährdet sei, wenn er durch die im Wege der einstweiligen Verfügung anzuordnende Zwangsverwaltung den Untergang seines dinglichen Rechtes an den Mieten verhüten will.

2. BayObLG., R. 03 214: Zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an bestimmten Sachen dient nach bayr. Hypothekenrecht nicht die Eintragung einer Protestation, sondern die einstweilige Verfügung aus § 935.

II. 1. **RG.** SeuffA. 59 427: Nach Abweisung des Hauptanspruchs kann eine einstweilige Verfügung zu seiner Sicherung nicht mehr bestehen.

2. OLG. Marienwerder, PosMschr. 04 131: Eine einstweilige Verfügung dahin, daß die Leistung eines durch rechtskräftiges Urteil auferlegten Eides bis zur Entscheidung auf die erhobene Restitutionsklage (§ 580 Nr. 1) ausgesetzt werde, ist nicht zulässig.

3. **RG.** JW. 03 101: Die Ableistung eines Offenbarungseides kann nicht durch einstweilige Verfügung angeordnet werden.

4. **RG.** JW. 03 126: Die endgültige Löschung einer Hypothek kann nicht Gegenstand einer einstweiligen Verfügung sein. Dies gilt auch dann, wenn die Anordnung der Löschung gegen Sicherheitsleistung beantragt wird.

5. *Reichel, Jherings J. 46 176: Die Löschung einer Vormerkung kann im Wege einstweiliger Verfügung nicht erwirkt werden.

6. LG. Freiburg, BadRpr. 04 92: Es kann nicht durch eine einstweilige Verfügung angeordnet werden, daß das Grundbuchamt eine Eintragung unterlasse, die es nach dem formellen Grundbuchrecht vornehmen muß. Zur Sicherung des der Eintragung entgegenstehenden materiellen Rechtes ist die Anordnung der Eintragung eines Widerspruchs oder eine Vormerkung durch einstweilige Verfügung zu beantragen.

7. Zur Auslegung der §§ 935, 938, 940 vgl. **RG.** Gruchots Beitr. 48 398.

§ 936. (§ 929 Abs. 2 u. 3.) 1. OLG. Köln, RheinARV. 20 188: Nach § 929 Abs. 2 braucht nur die einstweilige Verfügung dem Gegner innerhalb der 14tägigen Frist zugestellt zu sein. Die Zwangsvollstreckung kann, wenn dies geschehen ist, später erfolgen.

2. **RG.** 51 129: Die Vorschrift des § 929 Abs. 2 findet sowohl auf die durch Beschluß als auf die durch Urteil erlassenen einstweiligen Verfügungen entsprechende Anwendung (§ 936). In der Verkündung des Urteils liegt noch keine Vollziehung. Diese setzt stets eine Tätigkeit des Antragstellers voraus. Enthält die einstweilige Verfügung ein Verbot, so genügt zur Vollziehung die Zustellung der Verfügung an den Gegner. Ist die Frist des § 929 Abs. 2 nicht gewahrt, so kann der Antragsgegner durch Berufung die Aufhebung der einstweiligen Verfügung herbeiführen.

3. **RG.** JW. 03 Beil. 75: Die durch einstweilige Verfügung angeordnete Verfügungsbeschränkung, die auch in dem Verbot einer Handlung bestehen kann, tritt mit der Zustellung des Beschlusses an den Gegner in Kraft.

4. KG., BreslauAK. **04** 5: Die einstweilige Verfügung, auf Grund deren eine Vormerkung zur Sicherung eines Eintragungsanspruchs gegen den Eigentümer in das Grundbuch eingetragen werden soll, enthält das Verbot an den Antragsgegner, zum Nachteil des Antragstellers über das Grundstück zu verfügen. Sie ist deshalb bereits mit der Zustellung an den Antragsgegner vollzogen, da letzterer bereits durch die Zustellung an das Verbot gebunden ist.

5. **RG.** R. **04** 285: Die einstweilige Verfügung, durch die dem Beklagten geboten wird, den Verkehr der Klägerin mit ihren Kindern zu gestatten und die Klägerin zur Wegnahme der Kinder ermächtigt wird, bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Zustellung innerhalb der Frist des § 929 Abs. 2.

6. (§ 930). KG., Buschs Z. **31** 117: Während die Anordnung eines Arrestes notwendig zu ihrer Verwirklichung noch der Vollziehung bedarf, so daß der Arrest bis dahin den Schuldner in seiner Handlungsfreiheit nicht beschränkt, trägt die einstweilige Verfügung ihre Verwirklichung bereits in sich, indem sie den Willen des Schuldners sofort direkt mit ihrer Veröffentlichung bindet; damit ist sie vollzogen.

Diese Rechtsauffassung führt dazu, die Zwangsvollstreckung auf Grund einer einstweiligen Verfügung der Zuständigkeitsbestimmung des § 930 zu entziehen und den allgemeinen Grundsätzen zu unterstellen. § 930 kann, wenn durch einstweilige Verfügung eine Zahlungsverpflichtung auferlegt ist, auch schon deshalb keine Anwendung finden, weil die Vollziehung des Arrestes lediglich in der Pfändung, bei der einstweiligen Verfügung aber in der Befriedigung des Gläubigers besteht, letztere aber nicht teilweise nach § 930, teilweise nach den allgemeinen Vorschriften erfolgen kann.

7. KG., KGBl. **04** 39: Auf einstweilige Verfügungen, durch die eine Zahlungspflicht für den Schuldner begründet wird, sind die Vorschriften des § 929 Abs. 2 und 3 nicht „entsprechend" anwendbar. Einer Zustellung des Beschlusses zum Zwecke einer „Vollziehung" bedarf es in diesem Falle nicht.

8. OLG. Breslau, BreslAK. **04** 34: Die Vollziehung einer einstweiligen Verfügung, durch welche dem Schuldner die Zahlung einer Unterhaltsrente in Vierteljahrsraten aufgegeben wird, erfolgt bezüglich jeder einzelnen Rate besonders (durch Pfändung) und ist bezüglich der einzelnen Raten durch den Eintritt der jeweiligen Fälligkeit bedingt. Die Vollziehungsfrist des § 929 Abs. 2 läuft deshalb für jede spätere Rate vom Fälligkeitstage ab von neuem. Vgl. dagegen Nr. 6 und 7.

§ 937. 1. OLG. **6** 430 (Königsberg): Von der mündlichen Verhandlung ist nur dann Abstand zu nehmen, wenn die Besorgnis besteht, daß durch eine mündliche Verhandlung der Zweck des Gesuches gefährdet wird. Dies gilt auch im Falle des § 899 Abs. 2 BGB.

2. **RG. 54** 348, SeuffA. **59** 46, PosMschr. **03** 82: Gegen eine Entscheidung durch die im Falle des § 937 entgegen dem Antrage der Partei, die einstweilige Verfügung ohne vorgängige mündliche Verhandlung zu erlassen, mündliche Verhandlung angeordnet wird, findet keine Beschwerde statt. Ebenso: KG., SeuffA. **58** 246, OLG. Posen, PosMschr. **03** 82, Gaupp-Stein, Petersen-Anger. A. M. Struckmann-Koch.

§ 938. I. 1. **RG.** JW. **03** 386: Das dem Gericht im § 938 Abs. 1 eingeräumte freie Ermessen bezieht sich nur auf den sachlichen Inhalt der einstweiligen Verfügung. Für die Zwangsmittel, durch welche die Verwirklichung der getroffenen Anordnung gesichert werden soll, kommen nach §§ 936, 928 die allgemeinen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zur Anwendung. Die Höhe einer anzudrohenden Strafe bemißt sich nach § 890 Abs. 1 ZPO. Vgl. JDR. **1** § 938 Nr. 2.

2. Vgl. auch o. zu § 935 Ziff. II.

II. 1. Lindemann, R. **03** 205: Unter der hier erwähnten Sequestration kann — soweit es sich um unbewegliches Vermögen handelt — keinesfalls „Zwangsverwaltung" im Sinne des Gesetzes vom 24. 3. 97 verstanden werden, vielmehr lediglich „zwangsweise Verwaltung" nach Analogie des § 1052 BGB. Das Gericht, welches die einstweilige Verfügung erläßt, nicht das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht, hat den Verwalter zu ernennen und seine Befugnisse zu umgrenzen. Vgl. JDR. **1** § 938 Nr. 1.

2. OLG. Colmar, R. **03** 556: Der Sequester ist zum Antrage auf Aufhebung der Sequestration nicht befugt. Seine Vergütung hat er nicht vom Gericht, sondern von der Partei zu beanspruchen, auf deren Antrag er ernannt ist.

3. Über Anordnung und Vollzug der Sequestration vgl. Mothes, Die Beschlagnahme 29, 36, 45, 50.

§ 939. 1. OLG. **6** 86 (KG.): „Erhebliches Interesse" des Schuldners an der Aufhebung der einstweiligen Verfügung ist kein „besonderer Umstand" im Sinne des § 939.

2. **RG. 55** 140, JW. **03** 243, SeuffA. **59** 322: Die Vormerkung auf Grund der §§ 648, 885 BGB. ist nicht Vollzug des dem Gläubiger im § 648 BGB. eingeräumten Anspruchs, sondern Vollzug einer zum Schutze dieses Anspruchs vom Richter nach freiem Ermessen angeordneten prozessualen Maßregel, auf welche die §§ 935 ff. ZPO. Anwendung finden. Es ist deshalb auch die Aufhebung wegen veränderter Umstände, namentlich wegen Erledigung des Grundes zu ihrer Erlassung oder auf Grund des Erbietens zur Sicherheitsleistung zulässig (§§ 936, 927 ZPO.), aus diesem letzteren Grunde allerdings nur unter besonderen Umständen (§ 939). Solcher Umstand ist nicht nur das besondere und berechtigte Interesse des durch die Vormerkung beschränkten Grundstückseigentümers an der Beseitigung der lästigen Behinderung in der Verfügung über sein Eigentum, sondern auch insbesondere die Hinterlegung der Schuldsumme, wenn sie derart erfolgt, daß nach rechtskräftiger Aufhebung der die Vormerkung anordnenden einstweiligen Verfügung und Löschung der Vormerkung der Gläubiger die Auszahlung der hinterlegten Summe ohne weiteres erwirken kann. Nach § 938 Abs. 1 ZPO. ist das Gericht berechtigt, dem Schuldner eine solche Hinterlegung zu gestatten. Die daraufhin erfolgende Hinterlegung stellt gleichfalls den Vollzug einer vom Gericht nach freiem Ermessen angeordneten prozessualen Maßregel dar. Vgl. auch OLG. Posen, PosMschr. **03** 131 und oben zu § 648 BGB. Nr. 5.

§ 940. I. 1. OLG. **9** 85, 86 (KG., Kiel): Die Anwendbarkeit des § 940 auf obligatorische Verhältnisse setzt immer ein Rechtsverhältnis von gewisser Dauer voraus, da alle durch einmalige Leistung sich erschöpfenden Ansprüche begrifflich keine Regelung eines einstweiligen Zustandes zulassen. Als Obligationsverhältnisse von dauerndem Charakter sind Unterhaltsverpflichtungen anzuerkennen. Vgl. JDR. **1** § 940 Nr. 4.

2. OLG. Cöln, RheinA. **04** I 17: Zur Sicherung des Anspruchs aus § 7 des Anfechtungsgesetzes kann eine einstweilige Verfügung erlassen werden.

3. OLG. Stuttgart, WürttJ. **16** 285: Die Einstellung eines Zwangsversteigerungsverfahrens zwecks Aufhebung einer Gemeinschaft (§§ 180 ff. ZVG.) kann im Wege der einstweiligen Verfügung angeordnet werden.

4. Einstweilige Verfügung auf Grund der Prozeßkostenvorschußpflicht des Mannes: vgl. JDR. **2** Ziff. 3 zu § 1387 BGB.

II. 1. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 183: In Patentstreitigkeiten kann als „wesentlicher Nachteil" die Tatsache allein, daß der angeblich den Patent=

schutz Verletzende bis zur Erlassung des Urteils im Genusse seines Geschäftsbetriebes bleibt, nicht gelten. Vgl. OLG. Frankfurt, R. **04** 81.

2. KG., DJZ. **04** 700: Ist ein Patent bereits mit der Nichtigkeitsklage (§§ 28 ff. PatG.) angefochten, so findet, wenn glaubhaft gemacht wird, daß diese von Erfolg begleitet sein werde, keine einstweilige Verfügung zum Schutze des formell noch bestehenden Patentrechts gegen Verletzer mehr statt, weil es in einem solchen Falle an der Glaubhaftmachung eines zu schützenden materiellen Anspruchs fehlt.

3. OLG. **9** 84 (Bamberg): Durch eine im Hauptprozeß ergangene, wenn auch nur bedingt vollstreckbare Entscheidung wird die Notwendigkeit zum Erlaß einer auf dasselbe Ziel gerichteten einstweiligen Verfügung beseitigt.

Das längere unbeanstandete Bestehen eines zu beseitigenden Zustandes schließt die Notwendigkeit einer auf Beseitigung gerichteten sofortigen Regelung durch einstweilige Verfügung regelmäßig aus.

III. OLG. **7** 46, SeuffA. **58** 478 (KG.): Daraus, daß nach § 627 das Ehescheidungsgericht eine einstweilige Verfügung aus § 1361 BGB. für die Dauer des Prozesses erlassen kann, und daß für diese Verfügung das Ehescheidungsgericht nach §§ 937, 943 Abs. 1, 802 ZPO. ausschließlich zuständig ist, folgt nicht, daß nicht während eines Scheidungsstreits ein anderes Gericht ohne Rücksicht auf den Ehestreit eine einstweilige Verfügung aus § 940 ZPO. in Verbindung mit § 1361 BGB. erlassen kann.

§ 941. *Nolte, PosMschr. **03** 85: Die Auseinandersetzungsbehörde in Preußen ist zum Antrag auf Eintragung einer Verfügungsbeschränkung im Sinne des § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB. befugt.

§ 942. 1. Abs. 1. **RG. 54** 345, JW. **03** 241: Das Verfahren über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung wird nicht notwendig dadurch in der Hauptsache erledigt, daß der Beklagte den Kläger wegen seines Anspruchs befriedigt und der Kläger in die Aufhebung der durch die einstweilige Verfügung angeordneten Maßregel willigt.

2. Abs. 2. Reichel, Iherings J. **46** 165: Das Amtsgericht ist auf den Antrag zu verfügen nur befugt, nicht verpflichtet.

3. Abs. 3. OLG. Dresden, SächsA. **13** 115: Es genügt, wenn die Ladung vor das Gericht der Hauptsache zwar nach Ablauf der gemäß § 942 Abs. 1 gesetzten Frist, jedoch vor Anbringung des Gesuchs des Antragsgegners um Aufhebung der einstweiligen Verfügung erfolgt ist (§ 231 Abs. 2).

§ 944. OLG. Breslau, R. **03** 186: Wird gleichzeitig mit dem Arrestantrag auch ein Pfändungsantrag gestellt (§ 930), so ist in dringenden Fällen der Vorsitzende auch selbständig befugt, den Pfändungsbeschluß zu erlassen.

§ 945. 1. LG. Darmstadt, Buschs Z. **31** 89: Der Anspruch aus § 945 ist kein Anspruch aus unerlaubter Handlung, für ihn deshalb der Gerichtsstand des § 32 nicht gegeben. A. M. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 323.

2. **RG.** JW. **04** 416: Schon die rechtskräftige Aufhebung eines Arrestes mangels eines Arrestgrundes im Arrestprozesse begründet die Schadensersatzforderung. Durch das den Arrest aufhebende Urteil ist festgestellt, daß die Erwirkung dieses Arrestes jedenfalls einen rechtlosen Eingriff in die Rechtssphäre des Gegners enthielt. Die Nachprüfung dieser Frage durch das über den Schadensersatzanspruch entscheidende Gericht ist ausgeschlossen.

3. OLG. Dresden, SächsA. **13** 588: § 945 findet auch auf einstweilige Verfügungen in Ehesachen (§ 627 ZPO.) Anwendung, obgleich er im § 627 Abs. 4 nicht zitiert ist.

4. **RG. 51** 41: In dem Verfahren über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung gemäß § 942 Abs. 1 ZPO. können Schadensersatzansprüche

aus § 945 gegen den Antragsteller nicht geltend gemacht werden. Eine Bestimmung, nach welcher — wie in den Fällen der §§ 717 Abs. 2 und 302 Abs. 4 — der Schadensersatzanspruch in dem jeweilig anhängigen Verfahren verfolgt werden könnte, fehlt im § 945.

5. OLG. Posen, PosMschr. **04** 171: Die Vorschrift findet auf die Fälle der einstweiligen Anordnung nach §§ 769, 771 Abs. 3 keine Anwendung.

Neuntes Buch. Aufgebotsverfahren.

Vorbemerkung: Zu einem recht unbefriedigenden Ergebnisse hat die Auslegung des § 976 geführt. Danach muß der zurückgekehrte Verschollene unter Umständen jedem Dritten, der sich auf die Todeserklärung beruft, seine Identität mit dem für tot Erklärten beweisen.

§§ 946 ff. Stellung des Antragstellers.

OLG. Naumburg, R. **03** 316: Im Aufgebotsverfahren hat der Antragsteller Parteistellung. Er kann daher weder uneidlich noch eidlich als Zeuge vernommen werden.

§ 955. **RG.** JW. **03** 126: § 955 ist dahin einzuschränken, daß, wenn den Beteiligten eine öffentlich bekannt gemachte Frist gesetzt ist, sie nicht ohne öffentliche Bekanntmachung verkürzt werden darf und sodann, daß der Mangel einer Termins- oder Fristbestimmung durch die Anberaumung eines neuen bestimmten Termins ohne öffentliche Bekanntmachung nicht ausgeglichen werden kann.

§ 957. **RG.** JW. **03** 127: Abs. II Ziff. 2 ist verletzt, wenn die Bekanntmachung zwar der zum Zwecke des Aufgebots erlassenen richterlichen Verfügung entspricht, der richterliche Erlaß selbst aber in einem durch § 947 Abs. II vorgesehenen Punkte den gesetzlichen Anforderungen nicht gerecht wird. Anderer Ansicht Daude, Das Aufgebotsverfahren 42 Anm. 15 und Petersen-Anger § 957 3 b u. a.

§ 962. *Gerhardt, ZBlFrG. 3 251 ff.: Unter dem gesetzlichen Vertreter des Verschollenen ist auch der Abwesenheitspfleger mit zu verstehen.

§ 976. **RG.** JW. **03** 126, DJZ. **03** 223 u. Puchelts Z. **03** 452: Wahrt die Anfechtungsklage zwar die Frist der §§ 957 Ziff. 2, 958, nicht aber die des § 976, so kann die Todeserklärung nur noch aus den Gründen des § 957 Ziff. 2, nicht aber wegen sachlicher Unrechtmäßigkeit der Todeserklärung angefochten werden.

Kann die Todeserklärung wegen Fristablaufs nicht mehr angefochten werden, so muß der zurückgekehrte Verschollene bei der Wahrnehmung seiner Rechte gegenüber einem jeden, der sich auf die Todeserklärung beruft, seine Identität mit dem dem für tot Erklärten von neuem beweisen.

§ 1004. *Reichhelm, Antragsrecht beim Aufgebot eines Inhaberpapiers, PosMschr. **04** 49: Der bisherige Inhaber des Abs. 1 ist nicht jeder tatsächliche, sondern nur der verfügungsberechtigte Inhaber. Das Gegenteil würde den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes zuwiderlaufen; die ZPO. wollte kein jus corrigendi causa, sondern nur supplendi causa schaffen. Der Wortlaut des Abs. 2 steht dieser Auslegung des Abs. 1 nur scheinbar entgegen.

§ 1012. LG. Darmstadt, HessRspr. **5** 172: Zinsscheine werden bei der Vorlage durch den Zinserneuerungsschein vertreten, insoweit es sich um noch nicht ausgegebene Zinsscheine handelt.

§ 1014. *Reichhelm, PosMschr. **04** 49: § 1014 wird von der herrschenden Lehre (vgl. Petersen-Anger, Gaupp-Stein, Seuffert zu § 1014) dahin ausgelegt, daß zu dem Aufgebotsantrage bei Inhaberpapieren nicht nur der aus der Urkunde Berechtigte, sondern jeder tatsächliche Inhaber, z. B. auch der Dieb und der Verwahrer, legitimiert ist. Nach § 1018 erhalten die Genannten

ein Forderungsrecht gegen den Aussteller, dem Einreden aus ihrer mangelnden Verfügungsmacht nicht entgegengesetzt werden können. Der Dieb usw. kann also die Geltendmachung solcher Einreden verhindern, indem er das Inhaberpapier abhandenkommen und aufbieten läßt. Dies Ergebnis hat der Gesetzgeber nicht gewollt. Es ist daher nur der aus dem Inhaberpapier Berechtigte zum Aufgebotsantrage für berechtigt zu erachten.

Zehntes Buch. Schiedsrichterliches Verfahren.

§ 1025. I. Abschluß des Vertrages.

1. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 146: Zum Wesen des Schiedsvertrages gehört nicht mehr als die Einigung der Parteien darüber, daß die Entscheidung eines Rechtsstreits unter Verzicht auf die Anrufung des staatlichen Urteilsschutzes dem Urteil eines oder mehrerer Schiedsrichter unterstellt werden soll. Ist in dem Schiedsantragsformular die Zeit, binnen der die Schiedsrichter zu ernennen sind, unausgefüllt geblieben, so ist der Schiedsvertrag nur dann nichtig, wenn die Parteien ohne Einigung über diese Frist den Schiedsvertrag überhaupt nicht gewollt hätten.

2. OLG. **6** 66 (Colmar): Der vom gesetzlichen Vertreter für den Gewaltunterworfenen geschlossene Schiedsvertrag bedarf der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung dann, wenn er eine Verfügung oder ein Rechtsgeschäft enthält, das nach §§ 1821, 1822 genehmigt werden muß.

II. Abhängigkeit von der Gültigkeit des Hauptgeschäfts.

RG. JW. **04** 485: Die Wirksamkeit der Schiedsgerichtsvereinbarung steht und fällt mit der Gültigkeit des Hauptgeschäfts.

III. Nachfolge in dem Vertrag.

RG. JW. **04** 72: Die Sonderrechtsnachfolge in einem Schiedsvertrag ist mit Kohler, Gruchots Beitr. **31** 518 ff., Seuffert, Iherings J. **34** 481 u. § 1025 Note 4 und Petersen-Anger, § 1025 Note 5, für zulässig zu erachten.

IV. Wer kann Schiedsrichter sein?

1. **RG.** DJZ. **03** 549: Die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft kann durch Statut nicht zum Schiedsrichter in Streitigkeiten der Gesellschaft mit Aktionären bestellt werden. Ebenso bezüglich der Gesellschafterversammlung einer G. m. b. H., **RG.** JW. **03** 384.

2. *Jaffa, DJZ. **04** 645: Der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft kann nicht zum Schiedsrichter in Streitigkeiten mit der Gesellschaft bestellt werden, denn:

a) das Gesetz scheidet zwischen den beiden Parteien und dem Schiedsrichter;

b) die Bestellung einer Partei zum Schiedsrichter verstößt gegen die guten Sitten; der Aufsichtsrat ist aber Partei, denn:

α. er hat ein unmittelbares Interesse am Ausgange des Rechtsstreits;

β. er ist Organ der Aktiengesellschaft.

3. **RG.** **51** 394: Aus der Natur des Schiedsvertrags ergibt sich, daß durch den Parteiwillen ein bereits vorhandener und den Parteien bekannter Umstand, der nach dem Gesetze eine Ablehnung rechtfertigen würde, dieser Wirkung entkleidet werden kann. Es ist daher in einem durch Schiedsrichter zu entscheidenden Streite zwischen einem mit dem Rechte der juristischen Persönlichkeit nicht ausgestatteten Vereine und einem seiner Mitglieder die Ernennung eines anderen Vereinsmitgliedes zum Schiedsrichter von seiten des Vereinsvorstandes dann im allgemeinen zulässig, wenn in den Satzungen des Vereins die Wählbarkeit seiner Mitglieder zu Schiedsrichtern vorgesehen ist. Anders wäre es, wenn der be-

treffende Schiedsrichter in der Streitsache bereits als Vertreter der Gesamtheit eine Tätigkeit entwickelt hat.

V. Prüfung der Gültigkeit.

1. RG. IW. 03 433[7]: Die Frage, ob ein Schiedsvertrag überhaupt zustande gekommen sei, kann in einem Beschlußverfahren nach § 1045 entschieden werden.

2. RG. IW. 03 433, SeuffA. 49 175, BraunschZ. 50 189, R. 04 22: Der Einwand, es bestehe kein Schiedsvertrag, kann im Beschlußverfahren bei Ernennung eines Schiedsrichters erhoben werden.

3. OLG. Hamburg, DIZ. 03 108: Der Einwand, daß der Schiedsvertrag durch Vergleich aufgehoben sei, ist durch das Schiedsgericht selbst zu prüfen.

§ 1026. 1. HansOLG., HansGerZ. 03 Beibl. 299: Eine Vereinbarung alle in einem Geschäftszweige überhaupt vorkommenden Streitigkeiten mit den Mitgliedern eines Vereins durch Schiedsrichter entscheiden zu lassen, verstößt gegen § 1026. Es kann aber im Beitritt zu den solches verordnenden Vereinsstatuten eine Verpflichtung gefunden werden, in jedem vorkommenden Falle einen Schiedsvertrag abzuschließen.

2. OLG. Breslau, BreslAK. 03 17: Ein Beitritt zu den Börsensatzungen, welche die Zuständigkeit des Börsenschiedsgerichts für alle Geschäfte zwischen Börsenmitgliedern bestimmen, verstößt gegen § 1026. Es ist jedoch denkbar und gültig, daß die Parteien bei ihren einzelnen Geschäften jedesmal stillschweigend die Bestimmungen der Börsensatzung zur Geschäftsbedingung machten.

3. OLG. 9 88 (Hamburg): Im Zweifel darf das Schiedsgericht auch über die Kosten des Schiedsverfahrens erkennen.

4. RG. 53 1: Eine Vereinbarung in dem Schiedsvertrage, daß, wenn eine Partei die Bestimmung des von ihr zu ernennenden Schiedsrichters unterläßt, dieser Schiedsrichter auf Antrag der Gegenpartei von einem zureichend genau bestimmten Dritten zu ernennen sei, ist zulässig.

5. S. § 1025 Nr. IV 1 und 2.

§ 1029. Abs. 1. 1. OLG. Hamburg, SeuffA. 58 86: Eine Weigerung, einen Schiedsrichter zu benennen, kann darin gefunden werden, daß wiederholt Personen benannt werden, denen gegenüber Ablehnungsgründe bestehen.

2. OLG. Braunschweig, R. 03 506: Wird von dem Gegner des die gerichtliche Ernennung des Schiedsrichters betreibenden Antragstellers das Dasein eines Schiedsvertrags bestritten, so darf das Gericht den Antrag nicht ablehnen, sondern hat über diesen materiellen, den Schiedsvertrag selbst betreffenden Punkt zu entscheiden.

3. Abs. 2. RG. IW. 03 382[2]: Die bloße Ablehnung des von der Gegenpartei ernannten Schiedsrichters berechtigt die Partei noch nicht zum Erlaß der Aufforderung nach § 1029. Sie ist erst statthaft, nachdem das Ablehnungsgesuch durch Gerichtsbeschluß rechtskräftig für begründet erklärt worden ist.

§ 1032. I. Ablehnungsgründe.

1. OLG. Hamburg, SeuffA. 58 88: Aus dem Wohnorte einer als Schiedsrichter benannten Person kann ein Ablehnungsgrund im gesetzlichen Sinne des Wortes nicht hergeleitet werden. Wohl aber kann die Benennung einer solchen Person unzulässig sein, weil sie dem nach Treu und Glauben auszulegenden Vertrage und dem aus ihm zu entnehmenden Willen der Parteien widerspricht.

2. LG. Darmstadt, HessRspr. 5 74: Die Tatsache, daß der benannte Schiedsrichter zu einer Partei in geschäftlichen Beziehungen steht, ist nicht geeignet, Mißtrauen gegen seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen.

3. RG. IW. 04 241: Ein Schiedsrichter ist regelmäßig nicht schon dann als befangen zu erachten, wenn er sich bereits bei anderer Gelegenheit über die

Streitfrage eine Ansicht gebildet und ihr Ausdruck verliehen; vgl. dagegen JDR. **1** ZPO. § 1032 Nr. 1.

II. Wirkung der Ablehnung.

RG. JW. **03** 382[2]: Der abgelehnte Schiedsrichter hört noch nicht durch die Ablehnungserklärung, sondern erst durch den die Ablehnung für begründet erklärenden rechtskräftigen Gerichtsbeschluß auf, Schiedsrichter zu sein. Vgl. § 1029.

§ 1033. OLG. Frankfurt, R. **03** 294: Ist die in dem Schiedsvertrage erfolgte Ernennung der Schiedsrichter bezüglich eines von ihnen nichtig, so ist der ganze Schiedsvertrag unwirksam.

§ 1034. 1. Abs. 1. BayObLG. **3** 915: Es genügt, daß den Parteien Gelegenheit geboten wird, alles vorzubringen, was sie für dienlich halten; ob das Gericht sie schriftlich oder mündlich, gleichzeitig oder nacheinander hört, ist gleichgültig.

2. Ort des Gerichtes.

OLG. Hamburg, SeuffA. **58** 86: Von einer örtlichen Zuständigkeit des Schiedsgerichts oder einer Feststellungsklage zur Erledigung der Frage, wo das Schiedsgericht zu tagen habe, kann die Rede nicht sein.

3. Ladung.

BayObLG. **3** 916: Eine schriftliche Ladung oder eine bestimmte Ladungsfrist ist nicht vorgeschrieben. Die Ladung muß der Partei aber Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte geben.

4. Umfang der Verhandlung.

a) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 163: Der Umstand, daß das Schiedsgericht sich mit der Gegenforderung des Beklagten bei Erlassung seines Spruches nicht befaßt hat, kann diesem seine Wirksamkeit nicht nehmen, wenn nicht bezüglich des Verfahrens bestimmt worden war, daß alle unter den Parteien entstandenen Differenzen zugleich und einheitlich vom Schiedsgericht erledigt werden sollten.

b) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 1162 und BadRpr. **04** 265: Wenn zwei Schiedsrichter nach der mündlichen Verhandlung sich nicht einigen können, deshalb einen Obmann wählen, diesen ohne neue mündliche Verhandlung selbst über den Tatbestand informieren und mit ihm zusammen entscheiden, so ist dadurch der Grundsatz des rechtlichen Gehörs nicht verletzt. Vgl. **RG. 47** 427 f.

§ 1036. 1. OLG. Hamburg, SeuffA. **58** 297: Unter § 1036 Abs. 1 fällt die Zustellung des Schiedsspruchs im Auslande. Allerdings würde es den Schiedsrichtern nicht verwehrt sein, ein Ersuchen an die betreffende auswärtige Behörde oder an den deutschen Konsul oder Gesandten zu richten. Es ist aber nicht vorauszusetzen, daß dies mit Erfolg geschehen würde, indem eine Verpflichtung der ausländischen Behörde oder des Konsuls oder Gesandten, einem derartigen Ersuchen seitens einer Privatperson nachzukommen, oder auch nur eine Wahrscheinlichkeit, daß dies dennoch geschehen würde, nicht vorliegt, unter diesen Umständen aber die „Befugnis“ der Schiedsrichter zur Vornahme der Handlung i. S. des Gesetzes als vorliegend nicht zu erachten ist.

2. OLG. Colmar, R. **04** 364: Mit der Vornahme solcher Prozeßhandhandlungen, zu denen die Schiedsrichter selbst befugt sind, können die ordentlichen Gerichte nicht befaßt werden.

§ 1037. **RG.** JW. **03** 382: Der abgelehnte Richter hört durch die Ablehnung nicht von selbst auf, Richter zu sein, sondern kann das Verfahren fortsetzen und den Schiedsspruch erlassen.

§ 1039. 1. **RG. 51** 406: Es ist eine genaue Befolgung der über die Zustellung und Niederlegung des Schiedsspruchs nebst Zustellungsurkunden gegebenen Vorschriften erforderlich. Vgl. **RG. 37** 413. Es genügt daher nicht,

wenn eine der Zustellungsurkunden statt im Orginale nur in beglaubigter Abschrift niedergelegt oder bei der Zustellung der Partei nicht eine von den Schiedsrichtern unterschriebene Ausfertigung, sondern eine beglaubigte Abschrift derselben übergeben wird.

2. OLG. Frankfurt, R. **03** 83: Nicht ausreichend ist die Zustellung von wiederholt angefertigten Urschriften, zumal wenn sie einzeln offenbar nicht unfreiwillige Abweichungen von der ersten Urschrift enthalten.

3. **RG.** JW. **03** 50: Die den Parteien übergebene Ausfertigung braucht nicht als solche bezeichnet zu sein. Wesentlich ist nur, daß sie die Unterschrift der Schiedsrichter trägt und mit der Urschrift übereinstimmt, ohne mit ihr identisch zu sein.

4. OLG. Karlsruhe, JW. **03** 50 und BadRpr. **03** 171: Ein von den Schiedsrichtern unterzeichneter, der Partei im Auftrage des Obmanns behändigter Spruch ist als Ausfertigung anzusehen, wenn auch die Zustellungsurkunde von einer beglaubigten Abschrift spricht und der Gerichtsvollzieher den Spruch „zur Beglaubigung" unterzeichnet hat.

5. **RG.** BadRpr. **04** 85, R. **04** 22: Die Schiedsrichter können einen dem § 1039 entsprechenden Schiedsspruch nicht kassieren, ohne durch einen neuen Schiedsvertrag hierfür zuständig geworden zu sein.

§ 1041. I. Aufhebungsgründe.

1. HansOLG., HansGerZ. **04** Beibl. 94: § 1041 Ziff. 1 versteht unter „Unzulässigkeit des Verfahrens" ebenso wie die §§ 1037 und 1046 ZPO. nur die Fälle, wo das schiedsgerichtliche Verfahren überhaupt unzulässig war. Die Verletzung vereinbarter oder gesetzlicher Vorschriften über das Verfahren ist nicht gemeint; sonst wären die Ziff. 3 u. 5 a. a. O. überflüssig.

2. **RG. 57** 331: Ein schiedsrichterliches Verfahren, das mit einem nicht vollstreckbaren Urteil endet, kann nicht für zulässig erachtet werden; daher unterliegt ein Schiedsspruch, in welchem eine Partei verurteilt ist, die Eintragung eines nicht eintragungsfähigen Rechtes zu bewilligen, der Aufhebung.

3. **RG.** JW. **03** 381: Ob Nichtgewähr des rechtlichen Gehörs vorliegt, ist nach der Lage des einzelnen Falles zu würdigen.

4. **RG.** JW. **03** 381: Ziff. 4 ist nicht verletzt, wenn den Parteien nicht Gelegenheit gegeben wurde, sich über ein in ihrer Abwesenheit eingegangenes Gutachten zu äußern, wenn das Schiedsgericht dem Gutachten in den wesentlichsten Punkten nicht gefolgt ist.

5. Ziff. 5. **RG.** JW. **03** 381: An die Begründung dürfen, was Vollständigkeit, Richtigkeit, Schlüssigkeit betrifft, nicht die strengen Anforderungen gestellt werden, wie an ein gerichtliches Urteil. Der Schiedsspruch ist kein Urteil.

6. **RG.** JW. **03** 126: Ziff. 5 kommt bei Dürftigkeit der Gründe nicht zur Anwendung. Ebenso **RG. 23** 436.

II. Wirkung des Vorliegens von Aufhebungsgründen.

RG. JW. **04** 43: Ein nach § 1041 ZPO. der Aufhebung unterliegender Schiedsspruch ist deshalb noch keineswegs nichtig. Zu einem neuen Schiedsspruch ist erst Raum, wenn entweder der fehlerhafte Spruch aufgehoben oder von den Parteien ein neuer Schiedsvertrag geschlossen ist.

III. Voraussetzungen der Klage.

RG. JW. **03** 27: Die Aufhebungsklage setzt voraus, daß das schiedsrichterliche Verfahren formell abgeschlossen ist (§ 1039 ZPO.); das hat das Gericht von Amts wegen zu prüfen.

§ 1042. I. Vollstreckungsfähigkeit.

1. **RG. 52** 283: Eine sich als Schiedsspruch bezeichnende Entschließung des Schiedsgerichts, welche die Entscheidung über den Streit der Parteien ablehnt, ist kein dem Vollstreckungsurteile zugänglicher Schiedsspruch.

2. HansOLG., HansGerZ. **03** Beibl. 31: Ist das Vollstreckungsurteil aus einem der Zwangsvollstreckung nicht fähigen Schiedsspruche beantragt, so hat sich das angegangene Gericht nicht für unzuständig zu erklären, sondern den Antrag als unzulässig oder unbegründet zurückzuweisen. ➠ Die Wiedergabe dieser Sentenz im R. **03** 160, nach der das OLG. den Erlaß des Vollstreckungsurteils für nicht ausgeschlossen erklärt haben soll, erscheint unrichtig. — Red. ⟵

II. Rechtsnachfolge.

RG. 56 327, RheinA. **93** II 132 und Puchelts Z. **35** 418: Aus einem gegen die Erben ergangenen Schiedsspruche kann das Vollstreckungsurteil gemäß § 1042 gegen den Testamentsvollstrecker nicht erlassen werden. Dagegen wirkt eine zwischen dem Testamentsvollstrecker und einem Dritten ergangene Entscheidung über ein der Verwaltung des ersteren unterliegendes Recht für und gegen die Erben.

III. Kostenentscheidung.

RG. JW. **03** 244: Wird das Vollstreckungsurteil nur für einen Teil eines Schiedsspruchs nachgesucht, der über die Kosten des gesamten Rechtsstreits einheitlich entschieden hatte, so ist der Erlaß des Vollstreckungsurteils hinsichtlich der Kostenentscheidung zur Zeit abzulehnen.

IV. Streitgegenstand.

BayObLG. **3** 632: Der Wert des Streitgegenstandes der Klage auf Erlassung des Vollstreckungsurteils besteht nur in dem vermögensrechtlichen Werte des vollstreckungsfähigen Teiles des Schiedsspruchs.

§ 1045. I. Zeitliche Geltung.

RG. Gruchots Beitr. **47** 1156: Das Beschlußverfahren ist auf Prozesse anwendbar, die vor dem 1. 1. 00 angestellt sind. Dies gilt selbst dann, wenn unter altem Rechte bereits durch Urteil entschieden und Berufung eingelegt ist.

II. Zuständigkeit.

1. **RG. 54** 48: Die Zuständigkeit des ohne Schiedsvertrag zuständigen Gerichts kann sich auf § 33 stützen. Ist daher der Schiedsspruch auf eine Widerklage ergangen, so ist nach §§ 1045, 1046 für die daselbst aufgeführten gerichtlichen Entscheidungen auch das Gericht zuständig, vor dem der Anspruch widerklagweise in Ermangelung des Schiedsvertrags geltend gemacht werden könnte.

2. **RG. 54** 48: Die Zuständigkeit des Gerichts für die Vollstreckungsklage ist danach zu prüfen, ob das Gericht für die Geltendmachung des Anspruchs zuständig gewesen wäre, wenn ein Schiedsvertrag nicht vorgelegen hätte.

3. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 29: Hat das Schiedsgericht über eine von ihm erhobene Widerklage entschieden, so ist für die in den §§ 1045 u. 1047 vorgesehenen Entscheidungen das Gericht der Widerklage nicht unzuständig. S. u. Nr. III 7.

4. **RG. 53** 387, OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hauptbl. 114: Eine Vereinbarung der Parteien, daß der von ihnen mit der Ernennung von Schiedsrichtern betraute Dritte auch endgültig über die Ablehnung von Schiedsrichtern entscheiden solle, ist zulässig.

5. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 256: Zu den gerichtlichen Entscheidungen über die Ernennung eines Schiedsrichters gehört auch die Entscheidung über die Frage, ob der Schiedsrichterobmann die von einem solchen zu fordernden Eigenschaften hat.

III. Verfahren.

1. BayObLG. **3** 648, SeuffBl. **03** 325: Die Entscheidungen über die im § 1045 angeführten Angelegenheiten sind nicht im Wege der Klage zu beantragen und durch Urteil zu treffen; sondern es ist das Beschlußverfahren ge=

geben. Wird aber Klage erhoben, so ist trotzdem durch Beschluß zu erkennen. Bezeichnet sich die Entscheidung als Urteil, so ist sie (hinsichtlich der Rechtsmittel) trotzdem als Beschluß anzusehen; es sei denn, daß sie unzweideutig dem Willen Ausdruck gibt, nicht als Beschluß angesehen zu werden.

2. **RG.** R. **03** 530: Über die Frage, ob ein Schiedsrichter, der sein Amt niedergelegt hat, beim Widerspruch einer Partei wieder als Schiedsrichter eintreten könne, ist nicht durch Erkenntnis, sondern durch Beschluß zu entscheiden.

3. **RG.** JW. **03** 433: Dieselben sachlichen Einwendungen, die nach früherem Verfahren der Klage auf Ernennung eines Schiedsrichters mit der Wirkung entgegengestellt werden konnten, daß darüber in diesem Verfahren zu entscheiden war, können seit dem 1. 1. 00 mit derselben Wirkung im Beschlußverfahren erhoben werden.

4. **RG.** JW. **03** 401: Schiedsrichter können unter Umständen vor Beginn des schiedsgerichtlichen Verfahrens abgelehnt und das Verfahren aus § 1045 eingeleitet werden.

5. OLG. Karlsruhe, Puchelts Z. **03** 468: Das Beschlußverfahren gemäß § 1045 hat zur Voraussetzung, daß die Grundlagen des Antrags nachgewiesen sind. Zu diesen gehört insbesondere der Nachweis, daß der behauptete Schiedseintrag tatsächlich zustande gekommen ist. Herrscht hierüber Streit, so muß der Antragsteller vor Stellung des Antrags erst über das Bestehen des Schiedsvertrags durch Feststellungsklage entscheiden lassen und durch das rechtskräftige Urteil den erforderlichen Beweis führen.

6. **RG.** BadRpr. **04** 45, SächsA. **14** 68: Eine Streitverkündung ist im schiedsrichterlichen Verfahren nicht ausgeschlossen. Sie hat jedoch nicht ohne weiteres die in den §§ 74 Abs. 3 u. 68 ZPO. ausgesprochenen Folgen. Ihre Wirkung ist vielmehr nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen.

7. HansOLG., HansGerZ. **03** Beibl. 29: Im schiedsgerichtlichen Verfahren kann eine Widerklage im allgemeinen nicht erhoben werden.

Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes.

Vom 27. Mai 1896.

Vorbemerkung: Umfassende Arbeiten über den unlauteren Wettbewerb sind im Berichtsjahre nicht erschienen. Die Schriftsteller, welche sich mit dem Gesetze befaßt haben, vor allem Fuld, Marcus und Wassermann, haben nur einzelne Fragen erörtert, und auch diese zumeist im Anschluß an ergangene Entscheidungen. Die Rechtsprechung nimmt auch im Berichtsjahre wieder den größten Teil des Materials ein. Es sind eine Reihe interessanter Entscheidungen ergangen, von denen hier die zu § 1 Ziff. IV A 1b abgedruckten erwähnt werden mögen. Von allgemeinem Interesse dürfte ferner die Entscheidung des Reichsgerichts über Ausverkäufe sein (§ 1 Ziff. VI 7a).

Literatur: Grundlegende Arbeiten sind nicht erschienen; die einzelnen Schriften sind an den betreffenden Stellen erwähnt.

I. Allgemeines.

§ 1. 1. a) *Mauczka, Rechtsgrund des Schadensersatzes 127—131 (vgl. zu §§ 823 ff. BGB. Ziff. 3): Generalklausel: Unlauter ist jener Wettbewerb, der den Mitbewerber schädigt, ohne dem öffentlichen Interesse am freien Wettbewerbe zu dienen. In anderer Fassung: Unlauter ist jener Wettbewerb, der das Publikum über die Qualität der eigenen oder fremden Arbeit oder über beide täuscht. Jeder Geschäftsmann wird durch Mitbewerber verletzt und zwar bewußt verletzt. Hierfür sollte der Mitbewerber haften, wenn ihm nicht das öffentliche Interesse

am freien Wettbewerbe zur Seite stünde, das eine Haftung nicht zuläßt. Wo jenes öffentliche Interesse nicht auf dem Spiele steht (z. B. bei unrichtigen Angaben über Verhältnisse des eigenen oder fremden Geschäfts, die Herbeiführung von Verwechslungen mit fremden Geschäften, UnlWG. §§ 1, 6, 8), da erscheint die bewußte Schädigung des Mitbewerbers schon nach BGB. §§ 823, 824, 826 unrechtmäßig.

b) **RG.** SchlHolstAnz. **04** 295, JDR. **2** § 1 Ziff. I 1 (vgl. auch JDR. **3** § 826 BGB. Ziff. 8) Das Gebiet des unlauteren Wettbewerbes ist in dem Gesetze von 1896 nicht ausschließlich geregelt, es findet seine Ergänzungen in den allgemeinen Bestimmungen des BGB., besonders in dem § 826 BGB., welcher in umfassender Weise, namentlich auch für den Geschäftsverkehr, ein Schutzwehr für illoyale Handlungen zu geben und etwa in dieser Hinsicht vorhandene Lücken auszufüllen bestimmt ist.

2. a) **RG.** (Straff.) SeuffBl. **69** 421: Durch die Vorschriften der §§ 1 u. 4 soll die lobende und selbst übertreibende Beurteilung der eigenen Leistungen nicht verboten, die Reklame vielmehr nur da getroffen werden, wo sie zu unrichtigen tatsächlichen Angaben übergeht. Dies schließt nicht aus, daß in dem Ausspruch eines Urteils zugleich das Behaupten oder Verbreiten einer Tatsache, d. h. eines konkreten, seiner Beschaffenheit nach beweisbaren Hergangs oder Zustandes zu finden ist.

b) **RG.** JW. **04** 185 (vgl. JDR. **2** § 1 Ziff. I 2): Das Gesetz verbietet nicht die durch erlaubte Mittel gemachte Reklame, selbst wenn dieselbe übertrieben sein sollte, sondern es verbietet die Reklame nur insoweit, als sie gegen gesetzliche Bestimmungen verstößt.

3. **RG.** UnlW. **4** 5: Eine französische Aktiengesellschaft hat in Deutschland auf Grund des internationalen Übereinkommens zum Schutz des gewerblichen Eigentums den Schutz des Wettbewerbgesetzes.

4. Verhältnis des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes zum BGB. Vgl. JDR. **2** § 1 Ziff. I 5, **3** § 826 BGB. Ziff. 8 (s. auch über Verkäufe zu Schleuderpreisen LG. Düsseldorf, UnlW. **3** 43).

5. LG. Mainz, HessRspr. **5** 148: Auch eine Privat-Unterrichtsanstalt ist als ein Erwerbsgeschäft i. w. S. anzusehen, d. h. als ein Unternehmen, durch dessen Betrieb Erwerb erzielt werden soll. Wenn es auch zweifelhaft sein kann, ob das Wettbewerbgesetz auf derartige Unterrichtsanstalten Anwendung finden soll (weil es sich nicht um einen eigentlichen Gewerbebetrieb handelt), so wird man sich doch für die Bejahung zu entscheiden haben. Die ratio legis: Schutz des redlichen Erwerbes gegenüber dem unlauteren Erwerb trifft auch hier zu.

6. OLG. Dresden, SächsA. **14** 733: Der Begriff „verwandte Waren" im § 1 Satz 2 darf nicht zu eng ausgelegt werden. Der Gewerbetreibende wird durch den unlauteren Wettbewerb eines Dritten auch insoweit geschädigt, als dieser einzelne vom ersteren nicht geführte Warensorten vertreibt, denn ihm laufen dann nach der Erfahrung des täglichen Lebens auch Kunden zu, welche er sonst für den Absatz der von ihnen beiden geführten gleichartigen Waren nicht gewonnen haben würde.

7. Über Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs durch das Patentamt vgl. Finger, UnlW. **3** 73 (vgl. JDR. **3** § 12 BGB. Ziff. 6a).

II. Antragsberechtigte (§ 1 Abs. 1 Satz 2 des G.).

1. **RG.** SächsA. **14** 52: Zur Klage berechtigt sind die Gewerbetreibenden auch dann, wenn sie den streitigen Artikel nur in geringem Umfange vertreiben.

2. **RG.** (Straff.) **37** 173: Ein Gewerbetreibender, dessen Gewerbebetrieb in der Gewährung von Leistungen besteht (Arzt), hat das Recht, Strafantrag wegen unrichtiger Angaben in bezug auf Waren (Heilmittel) zu stellen. Der Zweck des

Gesetzes, die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, steht einer strengen Scheidung zwischen gewerblicher Verwertung von Leistungen und Waren entgegen.

RG. (Straff.), SeuffBl. **69** 421: Den im § 1 Abs. 1 bezeichneten Gewerbetreibenden sind die praktischen Ärzte zuzurechnen.

3. Recht der Ärztekammern zur Stellung von Strafanzeigen (JDR. **2** § 1 Ziff. II 2), **RG.** (Straff.) **37** 175.

RG. (Straff.) DJZ. **04** 1043: Die Ärztekammer ist zur Stellung von Strafanträgen berechtigt. Sie kann ihren Vorsitzenden hierzu ermächtigen.

4. **RG.** (Straff.) SeuffBl. **69** 421: Zur Stellung des Strafantrags sind nicht nur diejenigen Verbände berechtigt, welche vom Staate zur Vertretung gewerblicher Interessen begründet und berufen sind, sondern auch private Vereinigungen dieser Art, z. B. freiwillig gebildete Schutzverbände gewisser gewerblicher Kreise, und zwar ohne Unterschied, ob dieselben zum Zwecke solcher Verfolgungen gebildet sind oder innerhalb ihrer allgemeineren Zwecke diese Nebenzwecke aufnehmen, oder auch zur Verfolgung des unlauteren Wettbewerbes begründete Vereine. Voraussetzung ist dabei einerseits, daß diese Verbände nicht gänzlich außerhalb der Aufgabe handeln, für die sie gebildet sind, andererseits, daß sie nach den Gesetzen des Ortes, wo sie bestehen, die Rechte einer juristischen Person haben.

5. OLG. Braunschweig, R. **04** 455: Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen sind zur Verfolgung des Reklameschwindels dann nicht legitimiert, wenn die betreffende Handlung vollendet war, bevor der Verband ins Leben getreten ist. Wird nach Gründung des Verbandes mit der Versendung von Preislisten usw. fortgefahren, so stellt sich die darin zu findende unlautere Reklame als eine neue Zuwiderhandlung gegen § 1 Abs. 1 dar, die einen neuen Anspruch auf Unterlassung erzeugt.

6. **RG. 58** 281, JW. **04** 540: Zur Unterlassungsklage aus § 1 UnlW. Ges. sind die dort erwähnten Verbände nicht berechtigt.

7. a) *Fuld, UnlW. **3** 49—51: Handwerkskammern sind als klageberechtigte Verbände im Sinne des § 1 anzusehen, sie haben nicht nur die im § 103e Ziff. 1—6 der GewO. bezeichneten Aufgaben zu erfüllen, sondern sollen sich auch um die Förderung der gewerblichen Interessen ihrer Mitglieder kümmern. Dann kann ihnen auch das Klagerecht nicht bestritten werden. Die Aufzählung ihrer Befugnisse im § 103e hat keinen erschöpfenden, sondern einen exemplifikativen Charakter und auch aus dem Unterschiede zwischen § 103e Abs. 1 und § 81 der GewO., der von den Innungen handelt, ergibt sich kein Grund gegen das Klagerecht. Ob es für die Handwerkskammern zweckmäßig erscheint, von diesem Rechte Gebrauch zu machen, ist eine andere Frage, über die man geteilter Ansicht sein kann.

b) Sind Handwerkskammern berechtigt, Strafanträge zu stellen oder Zivilklagen zu erheben? Hierüber werden UnlW. **3** 36 verschiedene Entscheidungen mitgeteilt. Die Staatsanwaltschaft Bayreuth lehnte die Verfolgung ab, weil die Handwerkskammer kein Verband i. S. des § 1 sei; das LG. Freiburg i. Br. hat die Handwerkskammern den im § 1 erwähnten Verbänden zugerechnet und der Klage stattgegeben.

III. *Wassermann, UnlW. **2** 49: Das Gesetz trifft auch mündliche Mitteilungen, aber nur, falls solche für einen größeren Personenkreis bestimmt sind. In Fällen, in denen es sich nur um eine Mitteilung an den unmittelbar Beteiligten handelt, versagt das Gesetz. Unter Umständen schafft § 826 BGB. Abhilfe.

IV. Unrichtige Angaben tatsächlicher Art (vgl. JDR. **2** § 1 Ziff. IV).

A. Allgemeines.

1. a) (Vgl. JDR. 2 § 1 Ziff. IV A 2). RG. SächsA. **14** 52 ff., 54: Nicht darauf kommt es an, welchen Sinn der Urheber einer Reklame ihr beilegt; entscheidend ist, welchen Inhalt die Reklame wirklich hat und daß, selbst wenn sie einer mehrfachen Auslegung fähig ist, es gerade darauf ankommt, wie sie der Regel nach von dem Personenkreise aufgefaßt wird, an den sie sich richtet.

b) Flüchtiges Lesen.

α. RG. **58** 129, JW. **04** 395, HansGerZ. **04** Hauptbl. 198, GRschutz **04** 306: Maßgebend ist für die Beurteilung, ob eine Angabe tatsächlicher Art im Sinne des § 1 unrichtig sei, nicht der Eindruck, welchen der eine besondere Sorgfalt anwendende aufmerksame Leser aller Lebenskreise von dem Inhalte einer Bekanntmachung oder Mitteilung empfängt, sondern der Eindruck, welcher auf Personen des besonderen Kreises, für den etwa die Bekanntmachung oder Mitteilung bestimmt ist, bei der in diesem Kreise üblichen Art des Lesens hervorgerufen wird. Die Art, wie eine Bekanntmachung oder Mitteilung gelesen wird, und der Eindruck, welchen der Leser über ihren Sinn empfängt, hängen von den Umständen, insbesondere von den Gewohnheiten des in Betracht kommenden größeren oder kleineren Personenkreises und von der größeren oder geringeren Wichtigkeit des Gegenstandes ab, welcher angepriesen wird. Als Erfordernis darf nicht aufgestellt werden, daß nur der Eindruck, den der aufmerksame Leser erhält, zu beachten sei, und der flüchtige Leser darf nicht grundsätzlich von der Berücksichtigung ausgeschlossen werden. Jede Art des Lesens kann je nach den Umständen als eine geeignete Grundlage für Feststellung der Unrichtigkeit einer tatsächlichen Angabe dienen.

β. RG. **58** 292, JW. **04** 454, SächsA. **14** 738 ff., 740 Anm.: Bei unrichtigen Angaben tatsächlicher Art kommt es auf die Auffassung des beteiligten Publikums oder der beteiligten Geschäftskreise an. Danach kann allgemein die Auffassung schon des flüchtigen Lesers aller Lebenskreise ebensowenig als genügend und entscheidend erachtet werden, als allgemein die Auffassung des aufmerksamen Lesers unterschiedslos als maßgebend gefordert werden kann.

c) OLG Karlsruhe, BadRpr. **04** 235, Puchelts Z. **35** 662 (vgl. auch unten Ziff. C 1): Maßgebend für die Anwendbarkeit des § 1 ist die Auffassung des Publikums (vgl. auch OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 121); eine Mitteilung, die objektiv nicht zu beanstanden ist, die aber vom Publikum derart verstanden wird, daß in ihr eine andere — sich hinterher als unrichtig erweisende — tatsächliche Angabe gemacht erscheint, fällt unter § 1 des genannten Gesetzes. Dies ist bei der Numerierung von Wagen im Transportgewerbe zu verneinen. Es ist in weiten Kreisen bekannt, daß bei der Numerierung von Wagen vielfach rein willkürlich verfahren wird, und gerade aus der Verwendung in gewöhnlich hoher Ziffer im Einzelfalle ersehen auch weniger geschäftserfahrene Personen, daß ein Zusammenhang zwischen den Zahlen auf den Wagen und der Anzahl der im Betriebe vorhandenen Wagen nicht besteht. Ein Irrtum einzelner Personen in dieser Richtung fällt nicht ins Gewicht.

d) Die Ansicht des Publikums ist maßgebend. RG. UnlW. **3** 53 (die Bruchleidenden). Vgl. unten Ziff. IV C 2; oben b u. c, RG. UnlW. **3** 83, RG. JW. **04** 155, DJZ. **04** 362.

2. RG. JW. **04** 502, UnlW. **3** 115, HansGerZ. **04** Hauptbl. 277, GRschutz **04** 370: Urteile, insbesondere Kritiken, als Behauptungen tatsächlicher Art (vgl. JDR. **2** § 1 Ziff. IV A 3). Nur solche Behauptungen fallen nicht hierher, welche schon ihrer Fassung nach als rein persönliche, subjektive Äußerungen ohne jegliche tatsächliche Begründung, insbesondere als der Ausdruck einer bloßen Kritik oder bloßen Vermutung sich darstellen und deren tatsächliche Richtigkeit oder

Unrichtigkeit daher auch nicht objektiv festgestellt werden kann. OLG. Dresden, SächsA. **14** 741; s. schon JDR. **2** § 1 Ziff. IV A 3, **RG.** (Strafs.), SeuffBl. **69** 421; s. oben Ziff. I 2a.

B. Fälle, in denen das Vorhandensein unrichtiger Angaben angenommen ist. (JDR. **2** § 1 Ziff. IV B.)

1. OLG. Cöln, RheinA. **99** I 200: Die Äußerung der persönlichen Ansicht über die unreelle Geschäftsführung eines anderen wird zur Angabe tatsächlicher Art, wenn zugleich die Offenkundigkeit (Allgemeinbekanntsein) des unreellen Geschäftsgebahrens behauptet wird. Vgl. **RG.** JW. **04** 156.

2. Veröffentlichung von Anerkennungsschreiben über eigene Fabrikate.

a) **RG.** JW. **04** 342, DJZ. **04** 651, UnlW. **3** 82: Beide Parteien stellen Backpulver her. Die Beklagten haben in einem Reklamezettel Anerkennungsschreiben abgedruckt, darunter auch folgendes: „Frau Lehrer D. in W. schreibt: Ihre Präparate sind vorzüglich, das Backpulver weit besser wie das von O. (dem Kläger) hergestellte, welches man stets durchschmeckt". Den Beklagten ist untersagt worden, derartige Reklamezettel zu verbreiten. Für die unter Namensnennung veröffentlichte Behauptung der Kundin sind die Beklagten verantwortlich; sie haben die fremde Behauptung durch die bestätigende Wiederholung in ihrer Reklame zu ihrer eigenen Angabe gemacht. Das Gesetz unterscheidet nicht, ob eine eigene Angabe oder die Verbreitung einer fremden Angabe in Frage steht. ⇝ Durch diese Entscheidung ist OLG. **7** 178 (Hamm) bestätigt worden. — Red. ⇜

b) **RG.** UnlW. **4** 16: Die Veröffentlichung von Anerkennungsschreiben in abgeänderter Form verstößt gegen § 1 des Ges.

3. a) LG. Dortmund, UnlW. **3** 72: Die Ankündigung einer Ware als „Prima Qualität" ist eine Angabe tatsächlicher Art. Vgl. JDR. **2** § 1 Ziff. IV B 4 und zu dem dort erwähnten Urteil **RG.** (Strafs.) **36** 430, Lindenberg, DJZ. **04** 422.

b) **RG.** (Strafs.), JW. **04** 127: Unter Schuhen von prima Qualität sind nur solche aus gutem, haltbarem Leder zu verstehen.

4. a) **RG.** (Strafs.) **37** 266: Die Ankündigung von Schuhwaren mit näher bezeichneten Eigenschaften das Paar mit 2,95 M., obwohl deren reeller Wert sich auf 4,95 M. belaufe, ist eine Angabe tatsächlicher Art über die Preisbemessung.

b) **RG.** UnlW. **3** 42: Ankündigung von 10 % Rabattgewährung und Auszeichnung von Waren in den Auslagen der Schaufenster mit geringeren Preisen, als in Wirklichkeit gewährt sind, ist unrichtige Angabe tatsächlicher Art über die Preisbemessung.

5. **RG.** u. OLG. Dresden, SächsA. **14** 736 ff., 738 Anm., UnlW. **3** 68: Wer anzeigt, daß er Uhren zu Originalfabrikpreisen verkaufe, während er sie tatsächlich zum Detailpreise des Fabrikanten verkauft, macht eine unrichtige Angabe tatsächlicher Art i. S. des § 1. In den Kreisen des Publikums versteht man unter Fabrikpreisen die Preise, die der Fabrikant dem Zwischenhändler berechnet, nicht die Preise, zu denen der Fabrikant im Detailhandel verkauft. (Vgl. JDR. **2** § 1 Ziff. IV C 2.) Zum Begriffe des Fabrikpreises vgl. auch KG., UnlW. **3** 55.

6. **RG.** **58** 136, JW. **04** 369: Wird der Gebrauch einer Firma für die beteiligten Verkehrskreise zur Angabe tatsächlicher Art, so kann es auch keinem Bedenken unterliegen, ihren allgemeinen und öffentlichen Gebrauch im Verkehrsleben in bezug auf die darin enthaltene Angabe tatsächlicher Art als Mitteilung,

die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt ist, im Sinne des § 1 Abs. 1 zu beurteilen.

7. OLG. Dresden, SächsA. **14** 742: Fall von unlauterem Wettbewerb, begangen durch die Veröffentlichung einer Versicherungsgesellschaft, bei einer anderen Versicherungsgesellschaft entfiele auf ein bestimmtes Betriebsjahr von allen anderen größeren Versicherungsgesellschaften die geringste Entschädigung. Diese Behauptung erstreckt sich auf geschäftliche Verhältnisse; sie ist auch geeignet, den Anschein eines besonders günstigen Angebots seitens der Beklagten zu erwecken.

8. Ankündigung von Fabrikaten, Präparaten, Heilmitteln.

a) **RG.** UnlW. **3** 82: In der Ankündigung von Fabrikaten: „Diese Fabrikate enthalten Dr. L.s Nährsalze" ist eine unrichtige Angabe gefunden, weil darunter nach Lage der Sache nur die Anzeige verstanden werden könne, daß die Präparate des Beklagten die nach den L.schen Rezepten hergestellten Nährsalze enthielten, also auch genau in der von Dr. L. vorgeschriebenen Form und Menge, daß dieses aber nicht wahr sei, indem der Beklagte unstreitig den Inhalt der L.schen Rezepte garnicht kenne, deshalb auch nicht imstande sei, die L.schen Nährsalze herzustellen, vielmehr nach eigenem Ermessen L.schen Nährsalzextrakt zusetze.

b) OLG. Dresden, SächsA **14** 741: Unlautere Reklame durch öffentliche Behauptung gewisser Vorzüge chemischer Präparate (Jodeiweißpräparate: „Eigone").

c) OLG. Dresden, SächsA. **14** 722: In der Etikettenaufschrift: „Malzextrakt mit Eisen in fester Form. Alleinige Bezugsquelle E. Pester in Wüstenbrand in Sachsen" ist eine unrichtige Angabe tatsächlicher Art in bezug auf geschäftliche Verhältnisse enthalten, nämlich die Behauptung, daß der Beklagte alleiniger Hersteller und Verkäufer dieser Ware sei. S. auch unten Ziff. V 7.

d) **RG. 58** 129, JW. **04** 395, HansGerZ. **04** Hauptbl. 198, GRschutz **04** 306, vgl. oben Ziff. IV A 1 b β: Die Ankündigung, das Serum des Beklagten werde in den größten Krankenhäusern und Kinderhospitälern ausschließlich verwendet, ist eine Angabe tatsächlicher Art.

9. Kurpfuscherei (vgl. JDR. **2** § 1 Ziff. IV B 9).

RG. JW. **04** 155, DJZ. **04** 362, UnlW. **3** 63: Der Gebrauch der Bezeichnung Doctor of Dental Surgery erweckt den Anschein eines besonders günstigen Angebots. Die Beklagten hatten den Titel von einem amerikanischen Privatinstitut erhalten. Das RG. führt aus: Was die Doktorbezeichnung anlangt, so wird von dem deutschen Publikum angenommen, der Doktortitel werde von einer Universität oder einem ähnlichen Institute des öffentlichen Rechtes des In- oder Auslandes unter staatlicher Autorität und Anerkennung verliehen und daß die Annahme auch zutreffe für den in Amerika erlangten Titel eines Doktors der Zahnheilkunde, obwohl auf deutschen Universitäten dieser Titel nicht verliehen werde, da letzteres einem großen Teile des beteiligten Publikums nicht bekannt sei. Daß eine deutsche Verwaltungsbehörde die Führung des Titels eines Doctor chirurgiae dentalis in dem Staate, dem der Beklagte angehört, genehmigt hat, ist unerheblich, da diese Genehmigung keinen Akt der Staatshoheit darstellt, durch den dem ausländischen Titel ein Charakter beigelegt wird, den er an sich nicht hat, sondern nur eine auf Interessen der öffentlichen Ordnung beruhende Verwaltungsmaßregel ist, deren Bedeutung sich auf das Gebiet des öffentlichen Rechtes beschränkt, aber nicht in das durch das Wettbewerbsgesetz geschützte Privatrecht eingreifen kann.

Die Bezeichnung „Dresdener zahnärztliche Klinik" durch einen Zahnarzt zu D. kann gegen § 1 verstoßen. Sie ist doppelsinnig und kann nach den

Anschauungen des Publikums zu dem Irrtum Anlaß bieten, daß es sich nicht lediglich um eine Ortsbezeichnung, sondern um ein von der Stadt Dresden unterhaltenes oder doch überwachtes Unternehmen handle.

RG. JW. **04** 343, UnlW. **3** 81: Die Bezeichnung „Dr. chir. dent., in Amerika approbierter Zahnarzt" ist eine unrichtige Angabe tatsächlicher Art. Der Ausdruck „approbiert" erweckt den Anschein einer den deutschen Begriffen und Anforderungen entsprechenden Ausbildung und staatlichen Prüfung als wirklicher Zahnarzt, während die „Lizenz" (d. h. die Approbation als Zahnarzt) von einem Privatinstitut ohne weiteres Examen erteilt war.

RG. (Strafs.) SeuffBl. **04** 421: Über das Versprechen schneller und sicherer Heilung von Krankheiten vgl. oben Ziff. I 2a.

10. Zeitungsgewerbe (vgl. JDR. **2** § 1 Ziff. IV B 8).

a) LG. Mainz, HessRspr. **5** 98: Die Unterbringung amtlicher Erlasse in einer mit „Amtlicher Teil" oder „Amtliche Bekanntmachungen" bezeichneten besonderen Abteilung einer Zeitung, welche nicht mit der Aufnahme der Bekanntmachungen beauftragt war, enthält eine unrichtige Angabe tatsächlicher Art über geschäftliche Verhältnisse und insbesondere gewerbliche Leistungen, welche geeignet ist, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Vorliegend mußte das große Publikum und die große Mehrzahl der Leser der Zeitung annehmen, daß die Zeitung vom Kreisamt unmittelbar mit der Aufnahme der Bekanntmachungen beauftragt sei und daß das Kreisamt sich ihrer als eines amtlichen Organs bediene. Die Absicht des Beklagten, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, wird durch den tatsächlichen Sachverhalt weiter belegt.

b) **RG.** UnlW. **3** 53, JW. **04** 102: Die Angabe, eine Zeitung sei an ihrem Erscheinungsorte die „verbreitetste und gelesenste", enthält eine Behauptung tatsächlicher Art. Vgl. JDR. **2** § 1 Ziff. IV B 8c.

11. Fuld, UnlW. **4** 3, teilt eine Entscheidung des LG. II Berlin und des KG. mit, nach welcher die deutsche Firma Mercier Laroche & Co. „Mercier-Cognac „Nur Originalfüllung" angekündigt hatte. Die von der Firma erhobene Klage auf Feststellung, daß „Mercier-Laroche" und ihre Abnehmer berechtigt seien, ihre Originalabfüllungen als solche zu bezeichnen, ist abgewiesen. Vgl. JDR. **2** § 1 Ziff. VI 5d.

12. *Fuld, Unlauterer Wettbewerb im Flaschenbierhandel, UnlW. **4** 13: Der unlautere Wettbewerb kommt im Flaschenbierhandel vor in der Verwendung unrichtiger Etikettes. Dieses Verfahren steht an praktischer Wichtigkeit wesentlich zurück gegenüber der Verwendung von Flaschen, welche vermöge der eingeschmolzenen Aufschrift oder mit Rücksicht auf die an dem Verschlußdeckel befindliche Aufschrift oder auch nur im Hinblick auf die eigentümliche Art des Verschlusses als die von einer ganz bestimmten Brauerei geführten Flaschen bekannt sind; diese Flaschen werden mit einem Bier gefüllt, das nicht der betreffenden Brauerei entstammt, und der Konsument, welcher das von dieser gebraute Bier kaufen will und auch zu kaufen meint, erhält ein ganz anderes Bier, das ihm vielleich ebensogut schmeckt wie jenes und auch hinter demselben in Ansehung der Qualität und Beschaffenheit nicht zurücksteht, aber doch nicht das Bier ist, das er haben wollte. Diese Manipulation verstößt gegen § 1 des Gesetzes. Die Angabe auf der Flasche oder am Flaschenverschluß enthält eine Mitteilung, welche für einen großen Kreis von Personen bestimmt ist, bzw. eine öffentliche Bekanntmachung. Die Bekanntmachung enthält auch eine Angabe tatsächlicher Art über geschäftliche Verhältnisse, nämlich die Angabe, daß in der Flasche Bier von einer Brauerei sei, von der es nicht stammt. Es bedarf nur noch der Feststellung, daß die Angabe geeignet ist, den Anschein eines besonders günstigen Angebots zu er-

wecken. Mit Unrecht macht dies der Praxis Schwierigkeit. Wenn dem Konsumenten ein Bier, das nicht von der ihm wohlbekannten renommierten Brauerei gebraut ist, unter deren Namen angeboten wird, so liegt schon hierin ein besonders günstiges Angebot. Auf die Frage, ob das verkaufte Bier wirklich ebensogut ist wie das von dieser Brauerei gebraute, kann es um so weniger ankommen, weil auch hier die Imponderabilien des Geschmackes zu beachten sind. — Neben § 1 bzw. § 4 kann auch § 8 in Betracht kommen.

C. Fälle, in denen das Vorhandensein unrichtiger Angaben nicht angenommen ist. Vgl. IDR. **2** § 1 Ziff. IV C.

1. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 235, Puchelts Z. **35** 662 (vgl. oben Ziff. IV A 1 c): Wenn jemand für seinen Geschäftsbetrieb 10 Möbelwagen anschafft und diese mit den Nummern 5, 10, 15, 20, 50 usw. versieht, so enthält der Gebrauch dieser Zahlen noch nicht eine „unrichtige Angabe tatsächlicher Art", nämlich, daß er im Besitze von 50 Möbelwagen sei. Das Publikum zieht daraus aber diesen Schluß nicht, wie das Gericht nach eigener Kenntnis der Verhältnisse annimmt.

2. **RG.** DJZ. **04** 1185: Beklagter hat in Tageszeitungen über das Konkurrenzgeschäft des Klägers erklärt: Die deutsche Hausfrau werde bei Kläger nicht wahrhaft gut und solid bedient, sie kaufe bei ihm besser als bei Kläger, bei diesem könne von einer leistungsfähigen Reparaturwerkstätte nicht die Rede sein. Hierin liegen keine tatsächlichen Angaben i. S. von §§ 1 u. 6 UnlWG., sondern Urteile. Es verstoße aber gegen die guten Sitten, in dieser Art über die Leistungen eines Konkurrenten zu urteilen, um ihm die Kunden abspenstig zu machen.

3. OLG. Dresden, SächsA. **14** 751: Die Bezeichnung „seitheriger Betriebsingenieur des X" ist keine unter den § 1 des G. fallende Angabe. Wohl aber kommt § 826 BGB. in Betracht. Vgl. IDR. **2** § 826 BGB. Ziff. 9 h über diese Entscheidung.

4. OLG. Dresden, SächsA. **14** 730 ff., 731 Anm. Vgl. schon IDR. **2** § 1 Ziff. IV C 4 (Ankündigung eines Geschäfts als das „größte Spezialhaus" oder das „größte Spezialgeschäft").

D. Einzelne Ausdrücke (vgl. IDR. **2** § I Ziff. IV D).

1. **RG.** R. **04** 608, DJZ. **04** 1185 (vgl. SächsA. **14** 723 ff., 726 Anm.): Die Bezeichnung eines Geschäfts als einer Fahrrad-Manufaktur und als einer mechanischen Reparaturwerkstätte ist als eine unrichtige Angabe tatsächlicher Art nicht anzusehen, wenn auch die Arbeit in dem Geschäft lediglich in der Zusammenfügung der einzelnen Fahrradteile zu fertigen ganzen Rädern besteht, und diese Auffassung diejenige des beteiligten Publikums ist.

2. OLG. Dresden, SächsA. **14** 730 ff.: Die Bezeichnung „Erste Großenhainer Blechspulenfabrik" ist selbst dann nicht tatsächlich unrichtig, wenn die Fabrik etwa nicht in Großenhain selbst, sondern in einem Nachbarorte betrieben wird, da diese Worte nicht im geographischen Sinne zu verstehen sind. Die Bezeichnung „erste" i. S. von älteste enthält keine unlautere Reklame. Auch als Kennzeichen der Leistungsfähigkeit aufgefaßt, würde sie eine unlautere Reklame nicht in sich schließen, da sie nur ein lobendes Urteil des Beklagten über sein Geschäft kundgibt.

3. **RG.** UnlW. **3** 41: In einem Staate, in dem nur den Feldmessern, die die Staatsprüfung bestanden haben, gestattet ist, sich als geprüfte Vermessungs- und Kulturingenieure zu nennen, verstößt die Bezeichnung lediglich als „Vermessungs- und Kulturingenieur" nicht gegen das Wettbewerbsgesetz, wenn der Träger nur die erste praktische Prüfung bestanden und damit die Qualifikation als Ingenieurgehilfe erworben hat.

V. **Anschein eines besonders günstigen Angebots.** Vgl. JDR. 2 § 1 Ziff. V.

1. OLG. Dresden, SächsA. **14** 253 (vgl. JDR. **2** § 1 Ziff. V 2): Unter **besonders günstigem Angebot** ist nur ein solches zu verstehen, das dem Publikum in Aussicht stellt, es werde seinen Bedarf im allgemeinen bei dem Anbietenden besser decken als an den anderen Stellen, die nicht die in Frage stehende Auszeichnung besitzen. Vgl. **RG.** ElsLothrJZ. **23** 571. Über Führung des **Meistertitels** s. unten Ziff. 10.

2. **RG.** DJZ. **04** 866: Es ist in der Rechtslehre die Ansicht vertreten, daß bei der unlauteren Reklame als Vergleichsfaktor nicht die bereitgehaltene Ware (deren Wert), sondern das Angebot der redlichen Konkurrenz heranzuziehen sei und gefragt werden müsse, ob sich das Angebot, mit dieser verglichen, für den Konsumenten erheblich günstiger stelle. Diese Auffassung führt zu einer allzu engen Anwendung des Gesetzes, da sie die Auffassung des Publikums dafür, ob die unrichtige Angabe geeignet sei, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, ausschaltet. Ob letzteres anzunehmen, ist Frage des Einzelfalls. Bei dieser Prüfung sind aber nicht nur rein zivilistische Gesichtspunkte zu berücksichtigen, ob etwa die unrichtige Angabe das Angebot als ein rechtlich günstigeres erscheinen lasse, sondern alle durch Gewöhnung und Herkommen, vielfach auch durch Vorurteile bedingten, manchmal ganz eigenartigen, aber eben deshalb von der unlauteren Konkurrenz vorzugsweise ausgenützten Momente, die zu bestimmen und anzulocken geeignet sind.

3. **RG.** SächsA. **14** 52 ff., 56 vgl. schon JDR. **2** § 1 Ziff. V 3.

4. **RG. 58** 281, JW. **04** 540: Nicht jeder Mangel oder Fehler einer angekündigten Ware läßt wegen dieser Unrichtigkeit allein schon die Ankündigung als geeignet erscheinen, den Anschein eines besonders günstigen Angebots zu erwecken. Inwieweit eine Reklame hierzu geeignet ist, ist Prüfung des einzelnen Falles. Bei dieser Prüfung sind aber nicht bloß rein zivilistische Gesichtspunkte zu berücksichtigen, ob etwa die unrichtige Angabe das Angebot als ein rechtlich günstigeres erscheinen lasse, sondern alle jene durch Gewöhnung und Herkommen, vielfach auch durch Vorurteile bedingten manchmal ganz eigenartigen, aber gerade deshalb von der Konkurrenz vorzugsweise ausgenutzten Momente in Betracht zu ziehen, welche die Auffassung der in Frage kommenden Käuferkreise über die Vorzüge des Angebots zu bestimmen und letztere dadurch anzulocken geeignet sind.

Der Aufdruck auf Kragen „**Leinen vierfach garantiert**" kann geeignet sein, den Anschein eines besonders günstigen Angebots zu erwecken. Vgl. die Bem. UnlW. **3** 71.

5. **RG.** UnlW. **4** 22: Angaben, die direkt nur einen anderen herabsetzen, können dennoch mittelbar eine Anpreisung des eigenen Geschäfts enthalten und beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen unter § 1 fallen. Vgl. JDR. **2** § 1 Ziff. V 7.

RG. JW. **04** 563: Der Anschein eines besonders günstigen Angebots wird erweckt, wenn jemand seine eigenen Waren durch Herabsetzung derjenigen eines anderen anpreist.

6. LG. Köln, UnlW. **3** 55: Die Bezeichnung „**Konsumanstalt**" ist geeignet, den Anschein eines besonders günstigen Angebots zu erwecken. Vgl. JDR. **2** § 1 Ziff. V 4.

7. OLG. Dresden, SächsA. **14** 722: In dem Angebot einer bekannten Ware in einer besonderen Beschaffenheit (Malzextrakt mit Eisen in fester Form. S. oben Ziff. IV B 8 c), in der sie kein anderer Händler auf den Markt bringt, liegt schon an sich ein besonders günstiges Angebot; es unterscheidet sich von dem Angebote derselben Ware in anderer Art durch die besonderen Vorzüge, die der Ware

gerade in der angepriesenen Beschaffenheit wirklich oder vermeintlich zukommen, und stellt sich aus diesem Grunde als ein Angebot dar, das vor denen anderer Gewerbetreibenden sogar besondere Vorteile bietet. Daß es sonstige besondere wirtschaftliche Vorteile, z. B. in bezug auf den Preis, bieten müsse, ist nicht erforderlich.

8. LG. Koburg, UnlW. 3 56: Anschein einer besonders günstigen Anpreisung liegt vor, wenn eine Firma, die nur in Gotha eine Hauptniederlassung und in Koburg eine Zweigniederlassung hat, auf ihrem Firmenschild andere Städtenamen hinzufügt.

9. **RG.** UnlW. 3 53: Den Anschein eines besonders günstigen Angebots enthält die Behauptung in einer Ankündigung, daß die Federbruchbänder als allein brauchbare Bruchbänder nie drücken und den Bruch im Gegensatze zu den vom Kläger vertriebenen Gürtelbruchbändern sicher zurückhalten.

10. OLG. Dresden, SächsA. **14** 253: Der Meistertitel ist als eine Auszeichnung zu betrachten, die geeignet ist, den Anschein eines besonders günstigen Angebots zu erwecken.

VI. Zu den einzelnen Fällen des Abs. 1. Vgl. JDR. **2** § 1 Ziff. VI.

1. Geschäftliche Verhältnisse. Beispiele s. oben Ziff. IV B u. C.

2. Beschaffenheitsbezeichnung. Vgl. JDR. **2** § 1 Ziff. VI 2.

3. Preisbemessung von Waren oder gewerblichen Leistungen Vgl. Beispiele oben IV B.

4. Bezugsquelle. Vgl. JDR. **2** § 1 Ziff. VI 4; unten Ziff. 6 c (Finger).

5. Herkunftsbezeichnung (Abs. 3). JDR. **2** § 1 Ziff. VI 5.

a) **RG.** UnlW. 3 112, HansGerZ. **04** Hauptbl. 273 („Echtes Pilsener Bier"): Auch die unrichtige Angabe über die Herkunft einer Ware kann den Anschein eines besonders günstigen Angebots erwecken, wenn gerade die Herkunft nach der Verkehrsauffassung geeignet ist, der Ware den Anschein einer besseren oder mehr geschätzten Beschaffenheit und damit einen Vorzug zu verleihen, der sie vor allen übrigen Waren auszeichnet, die anderen Ursprungs sind.

b) Dortmunder Bier: **RG. 58** 136, JW. **04** 369. Vgl. zu dieser Entscheidung Dronke, UnlW. **4** 11.

c) α. *Wassermann, UnlW. **2** 78: Die Bezeichnung eines aus französischem Extrakt und deutschem Spiritus und Wasser hergestellten Produkts als „Französischer Kognak" verstößt gegen §§ 1 und 4 WettbewerbsG.

β. LG. I Berlin, UnlW. **3** 58, vgl. ebenda 83: Der Gebrauch französischer Bezeichnungen für deutschen Kognak ist als Vergehen gegen § 1 des Ges. zu betrachten. Vgl. JDR. **2** § 1 Ziff. VI 5 d.

6. Auszeichnungen. Vgl. JDR. **2** § 1 Ziff. VI 6.

a) OLG. Dresden, SächsA. **14** 744: Die Auszeichnungen, welche einer Person oder Firma zur Anerkennung ihrer gewerblichen Leistungen und mit Bezug auf diese verliehen sind, sind untrennbare Zubehörungen derjenigen gewerblichen Tätigkeit, die sie auszeichnen sollen und haften nicht am gewerblichen Produkte. Wenn also ein Gewerbetreibender die ihm selbst zukommende Auszeichnung auf dem Produkte anbringen darf, so ist dies doch nicht einem Dritten schon deshalb erlaubt, weil er dasselbe Produkt herstellt.

Sind die Auszeichnungen einer bestimmten Person oder Firma für deren gewerbliche Leistungen zugedacht, so berührt ein Wechsel in der Person des Firmen- (Geschäfts-) Inhabers einerseits das Recht zu ihrem Gebrauche nicht und ebensowenig ist eine Veräußerung des Geschäfts mit den Auszeichnungen unstatthaft. Andererseits ist aber deren Veräußerung ohne das Geschäft ausgeschlossen und ebenso die Einräumung der Erlaubnis zu ihrem Gebrauch ohne eine derartige Veräußerung unzulässig. Denn ein Dritter, der nicht das Ge-

schäft des Prämiierten fortbetreibt, kann sich nicht darauf berufen, daß die Auszeichnungen seinen Leistungen gelten. Er mag, wenn das Recht zur Herstellung oder zum Vertriebe des Produkts unter irgendwelchem gesetzlichen Schutze stand, dieses Recht von demjenigen, der den Schutz ursprünglich erlangte, erwerben und Dritte nunmehr von der gleichen Befugnis ausschließen können: mit der Frage, ob ihm für seine gewerbliche Tätigkeit oder ob dem Inhaber des von ihm erworbenen Geschäftsbetriebs gewerbliche Auszeichnungen verliehen worden sind, hat das nichts zu tun.

Das Verbot unrichtiger Angaben über den Besitz von Auszeichnungen dient nicht bloß zum Schutze des wirklich Ausgezeichneten, sondern auch der Konkurrenten desjenigen, der hierüber falsche Angaben macht, da diese sonst Nachteile in ihrem Geschäftsbetriebe zu befürchten haben, und ebenso zum Schutze des Publikums, das darüber nicht getäuscht werden darf, ob derjenige, der seine Ware anpreist, sich wirklich zu ihrer Empfehlung auf Auszeichnungen berufen darf, die von seinen gewerblichen Leistungen Hervorragendes erwarten lassen. Vgl. SächsOLG. **24** 396.

b) LG. I Berlin, UnlW. **3** 54, **KGBl. 04** 42 (Medaillen „wilder" Ausstellungen): Auszeichnung bedeutet eine Belohnung für ein Verdienst durch irgend ein Zeichen von berufener Stelle. Ist aber ein solches Zeichen ohne besondere Anstrengung jedem zugänglich, der es zu haben wünscht, so bedeutet es nicht mehr eine Auszeichnung, sondern ist nur der Schein einer solchen, und zwar ein Schein, dessen Wesen ohne weiteres nicht zu erkennen ist, so daß der Uneingeweihte annehmen muß, es handle sich in Wahrheit um eine Auszeichnung und deshalb um eine besondere, nach sorgfältiger Prüfung von berufenen Richtern anerkannte Tüchtigkeit dessen, der sie besitzt. Wer eine derartige Scheinauszeichnung, wissend, daß sie nichts anderes ist, führt, macht über den Besitz von Auszeichnungen unrichtige Angaben tatsächlicher Art.

c) Finger, Die Verwendung von Wappen zu geschäftlichen Zwecken, UnlW. **3** 37 ff., 39 (vgl. JDR. **3** § 12 BGB. Anh. Ziff. III): Wappen werden im UnlWG. nicht erwähnt, sie kommen jedoch bei den §§ 1, 4, 8 in Betracht. Zur Reklame werden Wappen, insbesondere bei Angaben über Bezugsquellen und Auszeichnungen gebraucht; § 4 kann in dieser Beziehung nur insoweit in Anwendung kommen, als neben bildlichen Wappenbestandteilen auch nichtbildliche Angaben gebraucht werden. Was die Bezugsquellen anlangt, so ergänzen §§ 1 und 4 den § 16 WarenZG. — Die Erlaubnis zum Gebrauche von Wappen kann als Auszeichnung an Geschäftstreibende verliehen werden (z. B. in Verbindung mit dem Titel eines Hoflieferanten). Derjenige, dem die Auszeichnung verliehen worden ist, kann das Wappen in diesem Falle zu seinen Reklamezwecken in Bekanntmachungen und Mitteilungen gebrauchen, auch zur Bezeichnung seiner Waren. Wenn es sich um ein als Warenzeichen unzulässiges Wappen handelt, kann er den gesetzlichen Warenzeichenschutz auch für das ihm als Auszeichnung zum Gebrauch gestattete Wappen nicht erlangen und er darf auch den Besitz dieses Schutzes nicht behaupten. In diesem Falle triebe er trotz dem Rechte zum Gebrauche des Wappens selbst unlauteren Wettbewerb. Er treibt auch unlautere Reklame, wenn er ein als Warenzeichen zwar zulässiges, aber ihm nicht als Warenzeichen geschütztes Wappen als sein patentamtlich geschütztes Warenzeichen erklärt.

7. Anlaß des Verkaufs (JDR. **2** § 1 Ziff. VI 7).

a) **RG.** (Strafs.) **37** 358: Der Angeklagte hatte einen „Totalausverkauf" seiner Schuhwarenvorräte angekündigt, im Verlaufe des Verkaufs, und zwar schon von dessen Beginn an, fortwährend Schuhwaren nachbezogen und feilgehalten. Das freisprechende Urteil des LG. ist aufgehoben worden. Ob ein Warenverkauf

sich als ein „Ausverkauf" darstellt, ist zunächst Sache tatsächlicher Beurteilung. Allein die Frage, ob er es im Einzelfall ist, darf nicht lediglich von dem Gesichtspunkt aus beantwortet werden, ob der Unternehmer bei der Verkaufsveranstaltung von der Absicht geleitet worden ist, sein Geschäft aufzugeben. Die Absicht des Veranstalters, sich zu diesem Zwecke seines Lagers zu entäußern, vermag den Verkauf des letzteren nicht zu einem Ausverkaufe zu machen; dies kann nur die tatsächliche Gestaltung des Verkaufs, in der sich die Räumung des Lagers vollzieht. Dem Angeklagten ist auch nicht zum Vorwurfe gemacht, daß er über die Ernstlichkeit seiner Absicht, sein Geschäft demnächst aufzugeben, das Publikum getäuscht hat, sondern, daß in dem letzteren durch die Ankündigungen, insbesondere die im Geschäftslokale ständig angehefteten Plakate, die irrige Vorstellung erweckt werden sollte, die Geschäftsaufgabe vollziehe sich lediglich im Wege des Ausverkaufs. Über die Bedeutung des Ausverkaufs schließt sich das RG. der **RG.** Straff. **30** 256 (vgl. JDR. **2** § 1 Ziff. VI 7 a) wiedergegebenen, in den Motiven zum Ges. enthaltenen Definition an.

In der Ankündigung eines „Totalausverkaufs" wird aber zugleich die Erklärung des Veranstalters zu finden sein, daß er sein vorhandenes Lager in tunlichst kurzer Zeit räumen wolle. Denn nur unter dieser Voraussetzung läßt sich die Zugkraft erklären, welche solche Ausverkäufe erfahrungsgemäß auf das Publikum ausüben. Sie beruht offensichtlich auf der Erwartung des letzteren, daß, wer die Beständnisse seines Lagers im einzelnen verkaufen will, um es aufzulösen, veranlaßt ist, die Preise tunlichst zu ermäßigen, um den Absatz zu fördern. Als mit dieser Vorstellung verträglich wird es betrachtet werden können, wenn einzelne Bestandteile des angebotenen Lagers durch Neubeschaffung anderer eine Ergänzung erhalten, ohne welche sie unverkäuflich sein würden, weil sie nach Gepflogenheit im Geschäftsverkehre nur als Einheiten, als „Paar", als „Dutzend", „Gros", als „Pendant", „Garnitur", „Service" 2c. gekauft werden. Grundsätzlich dagegen nicht vereinbar ist mit dem vorbezeichneten Begriffe des „Totalausverkaufs", daß eine gangbare Ware immer wieder nachgeschoben wird, um hierdurch die Möglichkeit gelegentlichen Verkaufs einer anderen, minder gangbaren Gattung offen zu halten. Sonst fände bei wechselnder Nachfrage ein Ausverkauf, da bald diese, bald jene Warengattung nachgeschoben werden könnte, kein Ende, und würde der Rückstand an wertlosen, unverkäuflichen sog. Ladenhütern eine beliebig häufige Wiederholung des Nachschubs aller sonstigen Waren gestatten. Nachschiebungen, die lediglich das Publikum anlocken und seine Kauflust wecken sollen, sind grundsätzlich nicht zulässig. Denn dieser Zweck deckt sich nicht mit dem der Beendigung des seitherigen Geschäftsbetriebs. Wer nachgeschobene Waren solcher Art feilbietet, verkauft sie nicht aus. Der Zweck ihres Verkaufs seitens des Angeklagten konnte nicht sein, sich damit eines Bestandteils des vorhandenen Lagers zu entäußern, da sie einen solchen nicht gebildet hatten. Er täuschte also über den Zweck dieser Verkäufe, indem er auch sie als Ausverkauf bezeichnete. (Gegen die Ansicht des RG. über Gestattung von Nachschiebungen vgl. Kohlmann, UnlW. 3 71.)

b) Schöffengericht u. LG. Mannheim, BadRpr. **04** 164: Unrichtige Angaben über den Anlaß und den Zweck des Verkaufs liegen vor, wenn jemand ganze Stücke zerschneidet und die Abschnitte als Reste verkauft. Es darf in solchem Falle nicht der Einkauf von Resten angekündigt werden. Vorliegend hat der Angeklagte die einzelnen Abschnitte auch als solche verkauft. Ein solcher Brauch erfüllt nicht den Tatbestand des § 4 des Ges. Wenn auch selbst die Verkäuferinnen die Abschnitte als Reste bezeichnet hätten, so liegt darin keine „Mitteilung, welche für einen größeren Kreis von Personen bestimmt ist", sondern nur eine Angabe „von Person zu Person".

c) SächsOLG. **26** 85 f. schon JDR. **2** § 1 Ziff. VI 7c.

d) Marcus, Erweiterter Rechtsschutz gegen unlautere Ausverkaufsanzeigen UnlW. **3** 29 bespricht den am 10. 12. 03 dem Reichstage vorgelegten Gesetzentwurf auf Abänderung des Gesetzes in bezug auf Ausverkäufe.

Vgl. über Ausverkaufsunwesen die Handelskammerberichte UnlW. **3** 50; **4** 6. Vgl. ferner Heiß, UnlW. **3** 85.

VII. Unterlassungsanspruch (JDR. **2** § 1 Ziff. VIII).

1. OLG. Dresden, SächsA. **14** 722: Die Absicht des Wettbewerbes mit unwahrer Reklame ist nicht Tatbestandsmerkmal für die Unterlassungsklage nach § 1; sie richtet sich auch gegen den, der die Unrichtigkeit der gemachten Angaben nicht kennt.

2. KGBl. **04** 59 (KG.): Die Klage auf Unterlassung aus §§ 1, 6 oder 8 des Ges. ist auch dann zulässig, wenn die Besorgnis weiterer Störungen nicht vorliegt.

3. OLG. Frankfurt, R. **04** 109: Zur Klage auf Unterlassung der Ankündigung des Verkaufs einer Lizenz zur Bereitung echten Friedrichsdorfer Zwiebacks ist ein Friedrichsdorfer Zwiebackfabrikant berechtigt.

VIII. Schadensersatzanspruch.

1. Marcus, UnlW. **3** 87 führt aus, daß von dem nach § 1 des Ges. Schadensersatzpflichtigen die Herausgabe des durch die Zuwiderhandlung gemachten Gewinns verlangt werden kann.

2. Marcus, UnlW. **3** 49 schlägt vor, dem WettbewG. eine Bestimmung hinzuzufügen, die in Anlehnung an § 343 BGB. lauten solle: bei der Abmessung des Schadensanspruchs aus wettbewerblichen Delikten ist jedes berechtigte Interesse des Klägers, nicht bloß das Vermögensinteresse in Betracht zu ziehen.

3. **RG.** UnlW. **3** 42: Berücksichtigung der geschäftlichen Nachteile, die sich an eine Verurteilung wegen Zuwiderhandlung gegen das WettbewG. knüpfen. Festsetzung der Revisionssumme. Vgl. **RG.** UnlW. **3** 91.

IX. Gebrauchs-Musterschutz und unlauterer Wettbewerb.

Marcus, UnlW. **3** 40: Wer einen Musterschutz für sich eintragen läßt, tritt mit Anpreisungen auf, die jedenfalls ein besonders günstiges Angebot, das der Neuheit des Modells für einen bestimmten Gegenstand, neben dem der erhöhten Brauchbarkeit vor anderen, in sich schließen. Jedem Wettbewerber kommt dann, trotz der Eintragung des Modells, gegen den Gegner der erleichterte einstweilige Schutz aus § 3 UnlWG. zustatten und die Schadensklage des § 1, die im § 6 des Ges. v. 1. 6. 91 nicht vorgesehen ist.

X. Einfluß des Konkurses auf Wettbewerbsprozesse.

*Fuld, UnlW. **3** 66: Die Eröffnung des Konkursverfahrens hat auf schwebende Rechtsstreitigkeiten, die auf Grund des WettbewG. anhängig sind, einen verschiedenen Einfluß, je nachdem es sich um Unterlassungsklage und um Schadensersatzklage handelt. Die Unterlassungsklage, gerichtet gegen eine Person, über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet ist, erleidet durch den Konkurs keine Unterbrechung; dem Konkursverwalter steht das Recht nicht zu, an Stelle des Kridars in den Prozeß einzutreten. Hiermit steht die Entscheidung des **RG.** **45** 376 nur scheinbar in Widerspruch. Wird über das Vermögen des auf Unterlassung Klagenden das Konkursverfahren eröffnet, so kann dieser den Prozeß nicht weiterführen, weil die Klageberechtigung während der ganzen Dauer des Verfahrens davon abhängt, daß der Kläger Waren oder Leistungen der gleichen oder verwandten Art herstellt oder in Verkehr bringt. Der Konkursverwalter kann den Unterlassungsanspruch nur dann aufnehmen, wenn er das Gewerbe fortsetzt und der Unterlassungsanspruch für die Masse einen Vermögenswert be-

sitzt, was indessen vielfach nicht der Fall. Der Anspruch auf Schadensersatz gehört dagegen schlechthin zu der Konkursmasse. Die Aktivlegitimation bei ihr ist nicht davon abhängig, daß Kläger das Konkurrenzgewerbe fortsetzt.

§ 3. OLG. Dresden, SächsA. **14** 722: Der Erlaß eines gerichtlichen Verbots der weiteren Mitteilung durch einstweilige Verfügung setzt nach § 3 mehr nicht voraus, als die Glaubhaftmachung des Unterlassungsanspruchs.

§ 4. 1. a) **RG.** (Straff.) JW. **04** 480, GoltdA. **51** 359: Ob eine unwahre Tatsache „zur Irreführung geeignet" ist, ist wesentlich Tatfrage. Vgl. JDR. **2** § 4 Ziff. 1.

b) **RG.** (Straff.) JW. **04** 128: Wenngleich die Frage, ob Angaben tatsächlicher Art in Ankündigungen zur Irreführung geeignet sind, sich ohne Berücksichtigung der geschäftlichen Gewohnheiten nicht lösen läßt, so müssen doch hierbei geschäftliche Mißbräuche ausscheiden, und die Gewöhnung an straflose Übertreibungen in der Reklame begründet noch nicht den Schluß, daß auch tatsächliche Angaben lediglich als Übertreibungen angesehen werden. Zur Irreführung geeignet ist eine Angabe tatsächlicher Art schon dann, wenn ein Teil des Publikums sie für wahr halten und dadurch getäuscht werden kann.

c) **RG.** (Straff.) DJZ. **04** 868: Ist die Unrichtigkeit einer Reklame von jedermann leicht zu erkennen, so greift § 4 nicht Platz, weil derart beschaffene Angaben zur Irreführung nicht geeignet sind. In diesem Sinne kann von einem durchschnittlichen Urteilsvermögen des Publikums ausgegangen werden, wenn die Frage zu prüfen ist, ob eine unwahre Angabe eine Irreführung zur Folge haben kann. Besteht dagegen die Möglichkeit, daß ein Teil des Publikums, weil ihm die Sachkenntnis zur Beurteilung der angepriesenen Waren fehlt, die unwahren Angaben einer Reklame für wahr hält, so kann die unlautere Reklame nicht deshalb straffrei sein, weil vielleicht der größere Teil des Publikums jene Sachkenntnis besitzt, die ihn den Unwert der Anpreisung erkennen läßt. In solchen Fällen kommt die Urteilsfähigkeit eines Durchschnittsmenschen nicht in Betracht.

2. **RG.** (Straff.) RheinA. **99** II 105: Wer eine Pflicht versäumt, handelt nicht notwendig absichtlich. Eine fahrlässige Verfehlung gegen § 4 ist angesichts seines ganzen Zweckes und Inhalts undenkbar.

3. **RG.** (Straff.) JW. **04** 247: Etiketten, welche auf Flaschen aufgeklebt sind, mit diesen in den Handel kommen, können Mitteilungen i. S. des § 4 bilden, dazu bestimmt, über den Inhalt der Flasche Aufschluß zu geben.

4. **RG.** (Straff.) JW. **04** 127: Durch die Ankündigung von „Leinen" und von „toile" zu „staunenerregend billigen Preisen", „Prix incroyables" wird jeder Käufer in den Glauben versetzt, daß rein Leinen angeboten würden.

5. **RG.** (Straff.) JW. **04** 479: Unter der Herstellungsart ist das gesamte, bei der Anfertigung angewendete Verfahren zu verstehen. Wer fremdes Erzeugnis für sein eigenes ausgibt, z. B. aufgekaufte Ware als aus seiner Fabrik herrührend bezeichnet, obschon er eine solche nicht besitzt, täuscht über die Herstellungsart. Dabei kann auch die Angabe des Ortes der Herstellung von Bedeutung sein, nämlich dann, wenn an dem angegebenen Herstellungsort ein gewisses Verfahren üblich ist, so daß mit der Unterstellung, die Ware entstamme jenem Orte, sich ohne weiteres die Vorstellung, sie sei auf eine besondere Art angefertigt, verbindet. Auch die Anpreisung einer „Garantie für erstklassige Arbeit" in Verbindung mit dem Hinweis auf die „Werkstätte im Hause" kann unter § 4 fallen, da sie bei dem kaufenden Publikum die Vorstellung zu erwecken geeignet ist, die von dem Angeklagten gelieferten Herrenkleider würden gewissermaßen unter seinen, des Geschäftsherrn Augen, unter der Möglichkeit seiner ständigen Kontrolle und jederzeitigen Anweisung seiner Leute angefertigt und böten darum die Gewähr für eine besonders sorgfältige Ausführung.

6. Schöffengericht u. LG. Mannheim, BadRpr. **04** 164 (vgl. § 1 Ziff. VI 7 b): Zerschneiden von ganzen Stücken und Verkauf der einzelnen Abschnitte als Reste.

§ 6. 1. Allgemeines.

a) **RG.** **56** 271 ff., 276 (vgl. § 826 BGB. Ziff. 7): Ein Interessenkampf ist nicht notwendig ein Wettbewerb im Sinne des Gesetzes. Im vorliegenden Falle des Buchhändler-Börsenvereins (Maßnahmen gegen das sog. „Schleudern") ist die Anwendung des Wettbewerbs-Gesetzes nicht angenommen worden.

b) **RG.** R. **04** 198: Die Bestimmung des § 6 ist auch auf im Auslande stattgehabte üble Nachreden anwendbar.

2. Verhältnis des § 6 zu § 1.

RG. SächsA. **14** 744 Anm.: § 1 hat zwar die unlautere Reklame, die unlautere Anpreisung von Waren usw. zum Gegenstande, bezieht sich also auf Fälle, in denen gewerbliche Leistungen auf Kosten fremder Leistungen gehoben würden, während § 6 die unlautere schädigende Kritik des Geschäfts und der gewerblichen Leistungen eines anderen betrifft; es ist aber, da § 1 nicht vorschreibt, daß die fraglichen Angaben über eigene geschäftliche Verhältnisse gemacht sein müssen, die Ansicht nicht rechtsirrig, daß unter Umständen und in dem Zusammenhange, wie die Angaben gemacht sind, diese indirekt eine Anpreisung des eigenen Geschäfts enthalten können, wenn sie auch direkt nur einen anderen herabsetzen.

3. Behauptungen tatsächlicher Art. Vgl. im allgemeinen § 1 Ziff. IV (auch JDR. **2** § 6 Ziff. 3).

a) Einzelne Fälle.

α. OLG. Stuttgart, WürttJ. **16** 188: Ein Teilhaber der beklagten Gesellschaft hatte zu einem Kauflustigen geäußert: Beklagte mache jetzt auch die L . . . wäsche der Klägerin, die könne jetzt jedermann machen, das Patent sei erloschen; die Ware der Beklagten sei gerade so gut und preiswürdig wie die L . . . wäsche, der einzige Unterschied bestehe darin, daß sie ohne Stempel 23 M. koste, die andere mit Stempel 35 M. Diese Behauptung ist eine solche tatsächlicher Art, sie ist aber auch geeignet, den Betrieb des Geschäfts der Klägerin zu schädigen, sofern sie einem Umstand die Wirksamkeit entziehen kann, der erfahrungsgemäß die Kundschaft bewegt, der Ware des betreffenden Geschäfts den Vorzug zu geben, dem Umstand nämlich, daß dieses Geschäft die ausschließliche Befugnis hat, Waren dieser bekannt gewordenen Bezeichnung zu verkaufen, die gesucht sind, weil der Bezeichnung eine bekannte Beschaffenheit entspricht.

β. OLG. Dresden, SächsA. **14** 753: Als Behauptungen tatsächlicher Art sind angesehen: Der Kläger habe zum Zwecke der Verwechslung mit der Firma des Beklagten undeutliche Firmenschilder angebracht; es seien ihm (dem Beklagten) häufig Waren als unbrauchbar, minderwertig oder unpassend „zurückgebracht", die tatsächlich nicht von ihm herrührten; es hätten im Geschäfte des Klägers versehentlich dahin geratene Personen, die in den Laden des Beklagten gewollt hätten, wenn sie nach Entdeckung des Irrtums fortgegangen seien, unpassende Redensarten erdulden müssen.

γ. **RG.** UnlW. **4** 4: Die Behauptung in einer Geschäftsreklame, das Patent der Wage (genannt Sicherheitsregulator) an Kaffeeröstapparaten sei erloschen, verstößt gegen § 6 des G.

δ. OLG. Hamm, UnlW. **3** 43: Beklagter ist zum Abnehmer seines Konkurrenten, mit dem er die Geschäftsverbindung gelöst hatte, gegangen und hatte ihm gesagt: „Dies ist mein Öl, das kann Ihnen der Kläger nicht mehr liefern, weil ich es ihm nicht mehr liefere". In diesen Worten ist eine Behauptung tatsächlicher Art enthalten.

b) Urteile als Behauptungen tatsächlicher Art (vgl. oben § 1 Ziff. IV A).

α. RG 58 207, JW. 04 422 (vgl. JDR. 2 UnlW. § 6 Ziff. 3 a): Grundsätzlich verbietet das Gesetz nicht die Kritik fremder Leistungen usw. im Erwerbsleben; rein subjektive Urteile ohne nähere tatsächliche Begründung fallen nicht unter die Behauptungen tatsächlicher Art des § 6. Auch die Aufstellung einer Ansicht, eines subjektiven Urteils kann eine Behauptung tatsächlicher Art enthalten, wenn nämlich darin bezüglich des Erwerbsgeschäfts eines anderen usw. etwas als geschehen oder vorhanden, also in einer Weise gesagt wird, daß die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des zur Rechtfertigung des Urteils Behaupteten objektiv festgestellt werden kann. Dies ergibt der weitgehende Ausdruck: Behauptungen tatsächlicher Art, in Verbindung mit der ferneren Vorschrift des Gesetzes, daß, wenn die Behauptungen erweislich wahr sind, § 6 Abs. 1 keine Anwendung findet. Das Gesetz unterscheidet nicht, ob die Behauptung direkt oder erkennbar als Schlußfolgerung aus anderweit vorhandenen Tatsachen geschehen ist; eine solche Unterscheidung würde nur dazu beitragen, Umgehungen des Gesetzes zu erleichtern. Ebenso enthält es keine Ausnahme zugunsten solcher Behauptungen, die auf neuen, durch Gebrauch und Erfahrung noch nicht erprobten Unterlagen beruhen; gerade in solchen Fällen ist die üble Nachrede besonders geeignet, den Geschäftsbetrieb des Erwerbsgenossen zu schädigen; ein derartiger Umstand kann vielleicht für die Frage, ob ein Handeln wider besseres Wissen (§ 7 UnlWG.) vorliegt, von Bedeutung sein, scheidet aber bei Anwendung des § 6, der in subjektiver Hinsicht nur ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbes erfordert, aus.

β. OLG. Breslau, R. 04 607: Eine Bekanntmachung der verschiedenen (richtigen) Preise mit der Bemerkung, des Klägers Ware sei minderwertig, die des Beklagten besserer Qualität, ist keine Behauptung tatsächlicher Art, sondern ein Urteil, gibt daher dem Kläger kein Recht, Schadensersatz zu fordern.

4. Gegenstand der unwahren Behauptungen. Vgl. JDR. 2 § 6 Ziff. 4.

OLG. Colmar, R. 04 634: Die Vorschrift des § 6 setzt nicht voraus, daß das Erwerbsgeschäft des anderen, über welches zur Schädigung geeignete Behauptungen aufgestellt worden sind, mit Namen oder sonstiger persönlicher Bezeichnung genannt sei. Es genügt, daß die der Klage zugrunde gelegten Angaben unzweifelhaft erkennen lassen, welche Erwerbsgeschäfte gemeint sind.

5. a) OLG. Darmstadt, HessRsp. 4 145, GewRschutz 04 101: „Zum Zwecke des Wettbewerbes" wird eine Behauptung aufgestellt oder verbreitet sowohl, wenn die Absicht besteht, die Kundschaft, den Absatz desjenigen Gewerbetreibenden, gegen welchen sie sich richtet, von diesem abwendig zu machen und dem Täter selbst oder einem Dritten zuzuwenden, als auch wenn versucht wird, durch unlautere Mittel einem anderen seine seitherigen Bezugsquellen zu verschließen, um solche sich selbst dienstbar zu machen.

b) RG. 59 1, JW. 04 563: Die Abwehr unlauteren Wettbewerbes schließt nicht aus, daß eine Handlung „zu Zwecken des Wettbewerbes" erfolgt ist, indem sie solchen Zwecken auch dann dient, wenn damit gegenüber unlauteren Wettbewerbshandlungen eines anderen der Verlust eigener Kunden verhindert werden soll.

c) RG. BadRpr. 04 241, UnlW. 3 70, vgl. § 824 BGB. Ziff. 6 d β: Ausschluß der Annahme, daß eine Mitteilung in einer Fachzeitung zu Zwecken des Wettbewerbes erfolge, wenn nicht bezweckt wird, den Absatz der Klägerin von ihr abzuwenden, sondern den betreffenden Geschäftszweig (hier Tabakbau, Tabakhandel und -Fabrikation) auf das gefahrbringende Vorgehen der Klägerin aufmerksam zu machen.

6. Abs. 2 (JDR. **2** § 6 Ziff. 10).

a) **RG.** JW. **04** 185: Im § 6 Abs. 2 kommt es nur darauf an, ob der Mitteilende oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse „hat", nicht darauf, ob der eine oder der andere das Vorliegen eines solchen berechtigten Interesses annehmen konnte oder angenommen hat, da Abs. 2 des § 6 als eine Ausnahmebestimmung nicht ausdehnend auszulegen ist.

b) OLG. Köln, RheinA. **99** I 200: Berechtigtes Interesse i. S. des § 6 Abs. 2 muß sich aus anderen Umständen, als aus dem bloßen Zwecke des Wettbewerbes ergeben; namentlich kann die tatsächlich gewählte Art der Veröffentlichung zur Verneinung des berechtigten Interesses führen. (JDR. **2** § 6 Ziff. 10 b Abs. 1 a. E.)

c) **RG.** JW. **04** 185: Unter dem berechtigten Interesse des Mitteilenden ist das bloße Konkurrenzinteresse desselben nicht zu verstehen. Vgl. JDR. **2** § 6 Ziff. 10 b.

§ 8. 1. Schutz des Namens. Vgl. JDR. **3** zu § 12 BGB. (JDR. **2** § 8 Ziff. 1).

KGBl. **04** 32 (KG.): Das Pseudonym des Artisten wird durch § 8 des Ges. geschützt, nicht durch § 12 BGB. Vgl. JDR. **3** § 12 BGB. Ziff. II 1 b.

2. Schutz der Firma (JDR. **2** § 8 Ziff. 2).

a) **RG.** R. **04** 317, UnlW. **3** 70: Der Anspruch aus § 8 auf Unterlassung der Führung von Firmen kann auch bezüglich solcher Firmen begründet sein, die den handelsrechtlichen Vorschriften über das Firmenrecht entsprechen. § 8 erweitert den durch das HGB. gewährten Firmenschutz und gibt einen Schutz gegen die mißbräuchliche Anwendung auch solcher Firmen, die den Anforderungen des HGB. entsprechen. Wenn auch zwei Firmen sich voneinander deutlich unterscheiden, so kann doch durch die Art und Weise, wie der eine Firmeninhaber seine Firma im geschäftlichen Leben benutzt, die Gefahr der Verwechselung mit der anderen Firma hervorgerufen werden; für solche Fälle ist der § 8 gegeben. Vgl. OLG. Dresden, SächsA. **14** 249 (Gertrud Reh firmiert G. Reh gegenüber der eingeführten Firma Gebr. Reh).

b) **RG.** DJZ. **04** 217, UnlW. **3** 42: § 8 bezweckt, einen erweiterten Firmenschutz gegen denjenigen zu gewähren, der eine an sich berechtigte und mit den gesetzlich notwendigen Unterscheidungsmerkmalen ausgestattete Firma führt, sie aber in einer solchen Art benutzt, die darauf berechnet und geeignet ist, Verwechselungen mit einer befugterweise geführten anderen Firma herbeizuführen, also auch dann, wenn die lokale Lage zu solchen Verwechselungen Anlaß gibt und unter dem formellen Schutze des Firmenrechts die Kundschaft eines anderen Geschäfts abspenstig gemacht ist und dieses dadurch geschädigt und untergraben wird.

c) OLG. Dresden, SächsA. **14** 747: Unberechtigter Gebrauch einer fremden Firma durch wahrheitswidrige Behauptung der Ausführung der von letzterer hergestellten Arbeiten und durch Benutzung der dieser ausgestellten Zeugnisse. Der Antrag, den Beklagten die Benutzung der erlangten Zeugnisse zu untersagen, ist gerechtfertigt.

d) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 121: Die Beklagte hat hinter der Bezeichnung ihres Geschäftslokals einen Zusatz gemacht „früherer Sitz der Firma J. K., Möbelspedition und Lagerhaus". Der neugegründete Geschäftsbetrieb der Beklagten war der gleiche wie derjenige der Klägerin. Die Klage auf Untersagung dieses Zusatzes, durch welche der Anschein erweckt werde, als sei die Beklagte die Rechtsnachfolgerin der Klägerin und als betreibe sie ihr Geschäft genau so wie diese alt eingeführte Firma, ist abgewiesen worden. Aus der Sachlage ist die Begründetheit der klägerischen Behauptungen nicht gefolgert worden.

3. Die besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts (JDR. 2 § 8 Ziff. 3).

a) Wann ist ein Erwerbsgeschäft überhaupt schutzbedürftig?

Marcus, UnlW. **3** 109, teilt eine Entscheidung des LG. I Berlin mit, der folgender Sachverhalt zugrunde lag: Klägerin betreibt unter der Bezeichnung „Philantropische Korrespondenz" ein Geschäft, das darin besteht, zwischen heiratslustigen Personen anonymen Briefwechsel zu vermitteln. (Näheres über den Geschäftsbetrieb vgl. a. a. O. 109.) Der Beklagte betreibt ein gleiches Unternehmen an einem anderen Orte, das er als „Philantropische Korrespondenz-Zentrale" bezeichnet. Die auf § 8 gestützte, auf Unterlassung und Schadensersatz gerichtete Klage ist vom LG. abgewiesen worden: Es fragt sich, ob das gewerbliche Unternehmen des Klägers schutzwürdig ist, ob es i. S. des WettbewerbsG. als geschützt angesehen werden kann. Das Gesetz, als Teil der allgemeinen Rechtsordnung, will das Persönlichkeitsrecht des Gewerbebetriebs nur insoweit schützen, als letzterer vernünftigen Bedürfnissen und solchen Interessen dienen will, als es sich um Förderung anerkannter oder anerkennenswerter Lebensgüter handelt. Soweit diese Voraussetzung nicht zutrifft, versagt die Rechtsordnung ihre Beihilfe grundsätzlich nach ihrer Idee. So würde im Ernste ein Bordellwirt oder der Besitzer einer Spielhölle nicht den Schutz des Wettbewerbsgesetzes für sein Unternehmen in Anspruch nehmen können. Und ebensowenig ist dies bei der Klägerin der Fall. Der Erwerb der Klägerin ist von der bürgerlichen Rechtsordnung (vgl. § 656 BGB.) nicht als schutzwürdige Mitarbeit im Rechtsleben anerkannt, er kann keinen Rechtsschutz beanspruchen. § 8 kommt der Klägerin nicht zustatten.

b) OLG. Dresden, SächsA. **14** 726 f., 729: Daß die Bezeichnung des Unternehmens nicht neu ist, schließt die Anwendung des § 8 nicht aus. Vgl. JDR. **2** § 8 Ziff. 3b.

c) Einzelne Fälle.

α. OLG. Dresden, SächsA. **14** 755 ff., 761: Die Führung des Wortes „Patentbureau" enthält nicht eine besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts im Sinne des § 8. → Diese Entscheidung ist aufrecht erhalten durch **RG. 60** 81 — Red. ←

β. **RG.** UnlW. **3** 35: Die Bezeichnung „Prüfungs- und Überwachungsanstalt für elektrische Anlagen" ist nicht als besondere Bezeichnung eines Unternehmens anzusehen.

γ. **RG.** UnlW. **4** 5: Schutz der Bezeichnungen „Benediktine" und „Liqueur".

δ. OLG. Dresden, SächsA. **14** 728: Die theatralische Vorführung von „Aga, die schwebende Jungfrau" im Passagetheater zu Berlin stellt sich als ein gewerbliches Unternehmen i. S. des § 8 dar.

4. Besondere Bezeichnung einer Druckschrift (JDR. **2** § 8 Ziff. 4).

a) Kohler, Das Recht an Titeln und Untertiteln in einer Zeitung, UnlW. **3** 107: Der Zeitungstitel gehört zum Unternehmen und kann mit diesem veräußert werden. Das Unternehmen gehört dem Zeitungsverleger und ihm steht darum auch der Zeitungstitel zu, nicht dem Redakteur. Tritt der Redakteur aus, so bleibt dem Verleger der Zeitungstitel und es ist dem Redakteur nicht gestattet, unter diesem Titel eine andere Zeitung herauszugeben, auch dann nicht, wenn er etwa insofern der Begründer der Zeitung wäre, daß er schon bei Beginn des Unternehmens in der Redaktion gestanden hätte, ja auch dann nicht, wenn er etwa selber das Unternehmen in seinem Namen als Eigenverleger gegründet und dann auf den Verleger übertragen hätte. Der Zeitungstitel kann durch einen Dritten, auch durch den austretenden Redakteur nicht nur dadurch verletzt werden,

daß derselbe identische Titel genommen wird, sondern auch dadurch, daß der neue Titel so ähnlich gebildet ist, daß Verwechselungen zu befürchten sind. Gegen § 8 würde es insbesondere verstoßen, wenn etwa der Redakteur, der eine Konkurrenzzeitung gründet, dem Publikum ausdrücklich erklären würde, daß er, nicht der Zeitungsverleger, der legitime Fortsetzer der alten Zeitung sei, daß die Fortsetzung der Zeitung durch den Zeitungsverleger zu Unrecht erfolge, daß diese Fortsetzung keine Fortsetzung, sondern eine Neubegründung sei und sich zu Unrecht mit dem früheren Namen bezeichne. — Was von den Titeln gilt, gilt auch von den Untertiteln. Haben diese Unterabteilungen individuelle Bezeichnungen, die der Zeitung eigen sind und sich dem Publikum gerade als Bezeichnungen eines bestimmten Zweiges der Zeitung kundgeben, so liegt unlauterer Wettbewerb vor. — Wer als Redakteur Titel bildet und sie ausfüllt, der bildet sie für das Zeitungsunternehmen, dem er als Redakteur zu dienen hat und übergibt sie dem Verleger als ständige Bestandteile der Zeitung, denn sie sind Bestandteile des Zeitungsunternehmens. Vgl. näheres hierüber a. a. O. 108.

b) Finger, UnlW. **3** 37 ff., 40 (vgl. oben § 1 Ziff. VI 6 c): Zu Geschäfts- und Druckschriftenbezeichnungen ist der Gebrauch von öffentlichen wie privaten Wappen jeder Art, allein oder in Verbindung mit anderen Bestandteilen, nach den allgemeinen Regeln, also abgesehen von den Verboten des § 360 Ziff. 7 StGB. und der Untersagung durch den Wappenberechtigten in den durch § 8 für alle solche Bezeichnungen gezogenen Grenzen gestattet. Jedoch ist der Kaiserliche Adler für sie nicht zugelassen, denn er ist nur für Waren und Etiketten deutscher Fabrikanten freigegeben.

c) OLG. Dresden, SächsA. **14** 749: Die Bezeichnung der Zeitschrift „Die Tonindustrie" enthält keine Gefahr der Verwechselung mit der Zeitschrift „Tonindustriezeitung". (Wird aus tatsächlichen Momenten gefolgert.) Für die Verwechselungsgefahr sind die Anschauungen, Erfahrungen und Gewohnheiten des Publikums in Betracht zu ziehen, welches Zeitungen dieser Art zu lesen pflegt. Bei Zeitschriften desselben Industriezweiges ist eine Ähnlichkeit der Haupttitel durch die Natur der Sache gegeben. Vgl. über den Schutz von Titeln einer Zeitschrift auch **RG.** SeuffA. **59** 11.

5. *Finger, UnlW. **4** 9: Unlauterer Wettbewerb wird mittelst Warenzeichen oder Geschäftsbezeichnungen nach Maßgabe der Sondergesetze vom 12. Mai 1894 und 27. Mai 1896 dadurch begangen, daß jemand durch Gebrauch derartiger Bezeichnungen die Gefahr der Verwechselung derselben mit anderen Warenzeichen oder Geschäftsbezeichnungen bewirkt und daß dadurch die Kundschaft eines Geschäftstreibenden, welcher sich der Bezeichnungen rechtmäßig bedient, von diesem abspenstig gemacht und einem anderen zugeführt wird.

Im allgemeinen ist dieser unlautere Wettbewerb zwischen allen Arten von Warenzeichen oder Geschäftsbezeichnungen möglich.

Jedoch besteht folgender Unterschied:

a) Die Eintragung eines Bildes als Warenzeichen eines Geschäftstreibenden hindert andere nicht am Gebrauche des entsprechenden Wortes zur Bezeichnung von Waren gleicher Art. Ebenso umgekehrt. § 20 des Gesetzes vom 12. Mai 1894. Ebenso **RG.** (Strafs.) **32** 368 und Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen **6** 44, 255. A. A. das Patentamt, welches die zeichenrechtliche Übereinstimmung von Wort und Bild in den Fällen annimmt, in welchen das Wort der gegebene Ausdruck für das Zeichenbild ist. Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen **5** 51, **6** 250, **10** 147, 273. Der Eingetragene kann sich nicht auf § 826 BGB. berufen, weil das Sondergesetz diesen Gegenstand abschließend regelt.

b) Der Gebrauch einer wörtlichen Geschäftsbezeichnung kann gegenüber der entsprechenden bildlichen als unlauterer Wettbewerb im Sinne des § 8 des Wettbewerbsgesetzes erscheinen; ebenso der Gebrauch einer bildlichen gegenüber der entsprechenden wörtlichen.

6. Verhältnis zum Warenzeichengesetz (JDR. 2 § 8 Ziff. 5).

a) OLG. Dresden, SächsA. **14** 726 ff., 728: Eine Verletzung des Warenzeichens kann niemals zugleich eine Verletzung des Rechtes auf besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts sein.

b) *Wassermann, UnlW. 3 69: § 8 gewährt keinen Schutz gegen Verwechselungen mit dem eingetragenen Warenzeichen eines anderen. Vgl. Wassermann, GRschutz **04** 69/70.

c) **RG.** GRschutz **04** 103 f. schon **RG. 55** 241 (JDR. **2** § 8 Ziff. 5b).

§ 9. 1. Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse (JDR. **2** § 9 Ziff. 1).

a) BayObLG., SeuffBl. **69** 508: Geheimnis im Sinne eines Geschäftsinhabers ist alles, was in dessen Geschäftsbetrieb und Gebaren so eigentümlich ist, daß es in anderen Kreisen nicht gekannt und nicht angewendet wird, also auch das, was der Konkurrenz nicht ohne weiteres offenkundig ist und was nach erkennbarem Interesse und Willen des Geschäftsinhabers für sein Geschäft als solches gelten und geheim gehalten werden soll. Eine absolute Neuheit, wie bei Erfindungen, gehört nicht zu jenem Begriffe; dagegen muß die Geheimhaltung der betreffenden Tatsache für den Betrieb oder das Geschäft nach der Verkehrsanschauung gleichartiger Geschäftskreise von Wichtigkeit und die Schweigepflicht dem Angestellten erkennbar sein. Die Geheimhaltung wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß anläßlich des Geschäftsbetriebs Dritte Einblick erlangen. Dies gilt insbesondere von Mustern, die Kunden vorgelegt oder in Erzeugnissen erkennbar geworden sind. Ferner umfaßt der gesetzliche Schutz Betriebsgeheimnisse im weitesten Sinne, auch technische Fortschritte und Hilfsmittel aller Art, ein besonderes Verfahren, selbst ein Kunstgriff, kann unter Schweigegebot stehen, wenn er nur nicht sonst bekannt ist. Ein Anhaltspunkt für ein Interesse des Geschäftsinhabers in der Geheimhaltung kann den Aufwand von Mühe und Kosten seitens desselben zur Herstellung des den Gegenstand des Geheimnisses bildenden Gegenstandes sein (GoltdA. **48** 120, **50** 140.)

b) OLG. Jena, ThürBl. **51** 96: Unter einem „Geheimnis" versteht man nach dem allgemeinen Sprachgebrauche Gegenstände, die sonst nicht bekannt sind. Hierzu ist allerdings nicht ein absolutes Geheimsein nötig, dergestalt, daß der Gegenstand nur einer einzigen Person ausschließlich, hinsichtlich seiner Kenntnis, angehören müßte. Vielmehr kann ein Geheimnis denkbarerweise auch dann noch vorliegen, wenn mehrere Personen von dem Gegenstande Kenntnis haben. Dies setzt aber immer voraus, daß der Kreis dieser Personen ein begrenzter, in sich geschlossener ist. Dagegen kann von einem Geheimnisse dann nicht mehr gesprochen werden, wenn die seinen Gegenstand bildende Tatsache einer unbegrenzten Mehrheit von Personen bekannt ist. — Etwas tatsächlich Bekanntes kann nicht durch künstliche Mittel zu einem Geheimnisse gestempelt werden.

Die Tatsache, welche Personen zu einer gegebenen Zeit das Technikum zu J. als Schüler besuchen, steht in allgemeiner Kenntnis des dortigen Publikums.

2. Abs. 2. a) **RG.** DJZ. **04** 553: Ein früherer Angestellter, der nach seiner Etablierung Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse seines früheren Chefs ausnutzt, verstößt nicht gegen § 9 Abs. 2, wenn ihm das Geschäftsgeheimnis von dem Prinzipal selbst mitgeteilt ist. Dagegen kann ein Verstoß gegen § 826 vorliegen.

b) **RG.** R. **04** 580: Verwertung von Werkstücken, welche in einer Fabrik aus einer dort benutzten, als Fabrikgeheimnis anzusehenden Schnittform hergestellt werden.

3. Pels, Geheimnisverrat und Zeugnispflicht, UnlW. 3 33 (vgl. JDR. 2 § 9 Ziff. 5) teilt einen Beschluß des OLG. Hamburg mit, nach welchem der Agent einer Auskunftei sein Zeugnis darüber verweigern darf, von welchen Personen er die Kunde über eine andere Person erlangt hat. — Hier ist die bestehende Kollision zwischen Zeugnis- und Verschwiegenheitspflicht zugunsten der letzteren entschieden. In der Abgabe des Zeugnisses liegt die Offenbarung eines den Betrieb des Auskunfteigewerbes bedingenden, ein Gewerbegeheimnis im eminenten Sinne vor. Vgl. auch RG. 53 15. (Näheres vgl. JDR. 3 Ziff. 3c zu § 383 ZPO.).

4. de lege ferenda.

*Wassermann, UnlW. 3 4 u. 10 ff.: Für eine in Aussicht genommene Reform des WettbewG. wird eine Verschärfung der strafrechtlichen Bestimmungen gegen den Verrat von Geschäftsgeheimnissen in dem Sinne befürwortet, daß jeder Verrat, der sich als Verstoß gegen die guten Sitten darstellt, zu bestrafen sei, unabhängig davon, ob der betreffende Angestellte das Geheimnis in loyaler oder in einer gegen die guten Sitten oder das Gesetz verstoßenden Weise erlangt hat.

§ 11. OLG. Braunschweig, R. 04 340: Auch in den Fällen, in denen strafrechtlich eine fortgesetzte Handlung anzunehmen wäre, begründet jede einzelne Zuwiderhandlung gegen § 1 Abs. 1 des Ges. einen selbständigen Unterlassungsanspruch, dessen Verjährung mit dem Momente der Kenntnis des Anspruchsberechtigten von dem betreffenden Akte zu laufen beginnt.

§ 12. Schöffengericht u. LG. Mannheim, BadRpr. 04 93: Die Staatsanwaltschaft hatte die Verfolgung eines Vergehens gegen § 4 des Ges. als im öffentlichen Interesse liegend übernommen; das Privatklageverfahren war daraufhin eingestellt und die Kostenentscheidung dem in der Sache selbst zu erlassenden Urteile vorbehalten worden. Späterhin hatte die Staatsanwaltschaft die Verfolgung als nicht im öffentlichen Interesse liegend ihrerseits wieder eingestellt; dem Antrag auf Fortsetzung des Privatklageverfahrens war stattgegeben worden. Der Einwand des Beklagten, seine Verurteilung könne nicht mehr erfolgen, da das Verfahren seitens des Amtsgerichts bereits eingestellt worden sei, ist zurückgewiesen worden. Dem Einstellungsbeschlusse kommt nur formale Bedeutung zu, wie sich schon daraus ergibt, daß die Kostenentscheidung ausdrücklich dem in der Sache selbst zu erlassenden Urteile vorbehalten wurde. Die Einstellung erfolgte nur unter der Voraussetzung, daß nach Übernahme der Sache durch die Staatsanwaltschaft auch öffentliche Klage erhoben oder das Verfahren auch materiell eingestellt wurde. Nachdem dies nicht der Fall war, hatte das Privatklageverfahren seinen Fortgang zu nehmen.

§ 13. 1. Marcus, R. 04 441: Die Publikationsbefugnis für Zivilurteile ist nicht als Nebenstrafe zu betrachten, wie in den Fällen des Strafurteils nach den Abs. 1 u. 2 des § 13 — denn es liegt ja keine Hauptstrafe vor — sondern bildet ein privatrechtliches Verstärkungsmittel des Schutzanspruchs gegen die spezialisierten Wettbewerbsvergehen. Die bezüglich dieser statuierte und im § 13 Abs. 4 wieder hervorgehobene Unterlassungsklage ist im Sinne des gemein bürgerlichen Rechtes nichts anderes, als Geltendmachung des Anspruchs auf den Schaden, der durch unerlaubtes Verhalten eintritt, dessen Unterlassung als gemeine Schadensbeseitigung gefordert wird. Der Unterlassungsanspruch ist charakterisiert als eine Spezies des weitergreifenden Schadensersatzanspruchs. Und hieraus folgt, daß bei Verurteilung auf Gelderſatz für Schäden, die der Verletzte nicht mehr durch Naturalrestitution, sondern nur durch Geld sühnbar erlitten hat, die Publikationszulässigkeit hinsichtlich der verurteilenden Entscheidungen anzuerkennen ist.

2. OLG. Dresden, SächsA. **14** 734: Die Veröffentlichungsbefugnis kann erteilt werden, sobald auf Unterlassung Klage erhoben ist; darauf, daß auf Unterlassung erkannt ist, kommt es nicht an. Es genügt, daß der Kläger in Verfolg seiner ursprünglich auf Unterlassung gerichteten Klage obsiegt, soweit es nach Lage des Falles überhaupt noch denkbar ist.

3. Bei *Wassermann, GRschutz **01** 356/57, **04** 68/69 finden sich Fälle, in denen jemand die Bestimmung des § 13 dazu benutzt hat, um sich den Gebrauch eines fremden Wortzeichens zu verschaffen, indem er eine Firma ins Leben ruft, welche als wesentlichen Bestandteil dieses Wort enthält, und dann diese Firma (in abgekürzter Gestalt) auf seinen Waren 2c. anbringt.

§ 16. 1. *Wassermann beantwortet die Frage, ob als Inland im Sinne des § 16 auch diejenigen ausländischen Gebiete zu betrachten sind, in denen das Deutsche Reich Konsulargerichtsbarkeit ausübt, dahin:

„Ein Reichsangehöriger oder Schutzgenosse, der im Konsularbezirke seine Hauptniederlassung hat, kann einen dort ansässigen Deutschen auf Grund des WettbewG. vor dem deutschen Konsulrichter zivil- und strafrechtlich belangen; ein dort ansässiger Ausländer hat dies Recht nicht, selbst wenn er Untertan eines der Pariser Union angehörenden Staates ist."

Vgl. *Wassermann, Der Anschluß des Deutschen Reichs an die internationale Union für gewerblichen Rechtsschutz (1902) 190/97.

➳ Der Verfasser neigt neuerdings mehr zu der Ansicht, daß durch den Beitritt des Deutschen Reichs zur Pariser Union die Angehörigen der Unionsstaaten auch in den Konsulargerichtsbezirken die Vorteile des deutschen Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes unbeschränkt genießen. ⇜

2. *Wassermann, UnlW. **4** 1: Zu der Frage, welchen Schutz Ausländer im Deutschen Reiche gegen unlauteren Wettbewerb genießen, bietet ein Urteil des HansOLG. v. 4. 3. 04 einen wertvollen Beitrag, indem es ausführt, daß nach dem mit dem 1. 5. 03 erfolgten Beitritte des Deutschen Reichs zur „Pariser Konvention" v. 20. 3. 83 Ausländer, soweit sie einem der Unionsstaaten angehören, unabhängig von einer Niederlassung in Deutschland den Schutz des Spezialgesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes in unbeschränktem Umfange genießen. ➳ Diese Entscheidung ist aufrecht erhalten durch RG. JW. **05** 237. — Red. ⇜ Vgl. auch Wassermann, UnlW. **3** 67.

3. a) *Wassermann, GRschutz **04** 47, UnlW. **3** 67: Seit dem am 1. 5. 03 erfolgten Beitritte des Deutschen Reichs zur Pariser Übereinkunft v. 20. 3. 83 für den internationalen Schutz des gewerblichen Eigentums (nebst Brüsseler Zusatzakte v. 14. 12. 00) ist die Beschränkung des § 16 zugunsten der Unionsangehörigen aufgehoben.

b) KGBl. **04** 32 (KG.): Seit dem 1. 5. 03 ist die Bestimmung des § 16 durch die Pariser Übereinkunft für den internationalen Schutz des gewerblichen Eigentums v. 20. 3. 93 und der Brüsseler Zusatzakte v. 14. 12. 00 beseitigt, jedoch ohne rückwirkende Kraft.

Patentgesetz.

Vom 7. April 1891.

Abkürzungen: PA. = Patentamt. PBl. = Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen.

§ 1. 1. Schütze, Grundriß der reinen Erfindungslehre, GewRschutz **03** 221—249: Verfasser teilt die allgemeine Erfindungslehre in „reine Erfindungslehre", welche die theoretische Seite, und „angewandte Erfindungslehre", welche die praktischen Anwendungen der ersteren (z. B. die Fragen der Neuheit, der

Abhängigkeit, die Kunst des Erfindens usw.) zu erörtern hat. Als Aufgabe der in der obigen Arbeit behandelten reinen Erfindungslehre stellt er fest: 1. Ermittelung der Struktur der Erfindungen, d. h. ihrer allgemeinen Merkmale und deren Verknüpfungsweise im Erfindungsbegriff, 2. Untersuchung der Gesetzmäßigkeiten in den Beziehungen zwischen mehreren Erfindungen, d. h. der durch ihre Vereinigung entstehenden Erfindungsgruppen und der Verwandtschaft der Erfindungen und endlich 3. Erforschung der Grenzen des Erfindungsbegriffs. Diesen Aufgaben entsprechend zerfällt die Arbeit in drei Teile.

Im ersten Teil, der sich mit dem Erfindungsbegriff beschäftigt, werden als wesentliche Merkmale dieses Begriffs ermittelt: Die aus Ursache und Wirkung bestehende kausale Folge, welche die naturwissenschaftliche Grundlage aller Erfindungen bildet, und folgende wirtschaftlichen Merkmale: die Brauchbarkeit der kausalen Folge zur Befriedigung menschlicher Bedürfnisse, die Herstellung derselben durch menschliche Tätigkeit, das geistige Moment in der Erfindung, d. h. die bewußte Auffassung der kausalen Folge als Mittel zur Erreichung eines Zweckes und endlich die Zugänglichkeit der kausalen Folge, d. h. die Herstellbarkeit der Ursachen derselben und die Vermeidbarkeit von Hindernissen, welche den Eintritt der Wirkung trotz Vorhandensein aller Ursachen vereiteln. Das Merkmal der Überraschung betrachtet Schütze nicht als wesentliches Kennzeichen des Erfindungsbegriffs, sondern als ein Merkmal des engeren Begriffs der neuen Erfindung, da es lediglich eine Art von Potenzierung der Neuheitsmerkmale darstellt, also nur einem Begriff angehören kann, der auch zugleich dies Merkmal enthält.

Schütze schlägt vor, die einzelnen Merkmale abgekürzt durch die Anfangsbuchstaben ihrer Stichworte zu bezeichnen: $u + w + b + t + a + z$. Die durch bewußte menschliche Tätigkeit hergestellten Ursachen $(u + t + w)$ bilden die Mittel m, die zur Bedürfnisbefriedigung brauchbare Wirkung $(w + b)$ den Effekt e der Erfindung, so daß man die Erfindungsformel auch abgekürzt: $m + e + z$ schreiben kann. —

Im zweiten Teile der Arbeit, der sich mit den Beziehungen zwischen mehreren Erfindungen beschäftigt, werden zunächst die Erfindungsgruppen besprochen. Nach der äußeren Verknüpfungsweise werden unterschieden: „Parallel-Erfindungen", deren Mittel örtlich oder zeitlich miteinander vereinigt sind, deren kausale Folgen also parallel nebeneinander verlaufen, „Ketten-Erfindungen", bei denen der Effekt der einen Erfindung (der „Vorerfindung") mit den Mitteln der folgenden Erfindung (der „Nacherfindung") durch örtliche oder zeitliche Beziehungen verknüpft ist; bei größeren Ketten von Erfindungen liegen zwischen der Vor- und Nacherfindung noch „Zwischenerfindungen". Nach den inneren wirtschaftlichen Beziehungen der Erfindungen einer Gruppe lassen sich unterscheiden: koordinierte Erfindungen, welche in der Erfindungsgruppe selbständig nebeneinander stehen, und nur deshalb zu einer wirtschaftlichen Gruppe vereinigt sind, weil die durch sie befriedigten Bedürfnisse im menschlichen Leben häufig gleichzeitig auftreten, und subordinierte Erfindungen, bei denen die eine Erfindung, die übergeordnete oder Obererfindung ein Nebenbedürfnis hervorruft, das durch die andere, die untergeordnete oder Untererfindung befriedigt wird.

Im Abschnitt II des zweiten Teiles der Arbeit wird die Verwandtschaft der Erfindungen besprochen. Schütze unterscheidet: Mittelverwandtschaft, bei welcher die Mittel der Erfindungen einander ähnlich sind, Effektverwandtschaft, bei der die Effekte der Erfindungen identisch sind und kausale Verwandtschaft, bei welcher den Erfindungen ähnliche kausale Folgen zugrunde liegen. Die Ähnlichkeit der Mittel bei der Mittelverwandtschaft pflegt man dadurch zu kennzeichnen, daß man angibt, durch welche Änderungen die Mittel der einen Erfindung aus denen der anderen erhalten werden können, und zwar kann man folgende Arten von

Mitteländerungen unterscheiden: Addition, Substraktion, Substitution einzelner Elemente, Übertragung (d. h. Substitution besonders umfangreicher und wichtiger Elemente), Gradation (d. h. Änderung quantitativer Attribute eines Mittels), Kombination (d. h. Addition der vollständigen Mittel mehrerer Erfindungen), Vervielfachung insbesondere Verdoppelung der Mittel einer Erfindung.

Im dritten Teile der Arbeit werden die Grenzbegriffe der Erfindung erörtert, und zwar zunächst die „äußeren Grenzbegriffe", welche an den Grenzen des Erfindungsbegriffs, außerhalb derselben liegen, also scheinbar vollständige Erfindungen, tatsächlich aber nur Bruchstücke von Erfindungen darstellen, die nahezu alle Merkmale derselben enthalten.

Die wichtigsten, weil am leichtesten mit vollständigen Erfindungen verwechselbaren Erfindungsbruchstücke sind die, welche sämtliche Erfindungsbestandteile bis auf einen enthalten. Entsprechend den 6 wesentlichen Merkmalen des Erfindungsbegriffs: u, w, b, t, a, z, gibt es 6 solcher Erfindungsbruchstücke, die man, wenn die vollständige Erfindung mit E bezeichnet wird, durch die Formeln E — u, E — w, usw. wiedergeben kann.

Im Abschnitt II des dritten Teiles werden endlich die „inneren Grenzbegriffe" untersucht, welche sich zwar schon den Grenzen des Erfindungsbegriffs nähern, aber noch innerhalb derselben liegen, also zwar scheinbar keine Erfindungen mehr darstellen, tatsächlich aber vollständige Erfindungen in roher, unentwickelter Form, „Rohformen der Erfindung" sind, die noch eine Weiterentwickelung bis zur reinen Erfindung durchzumachen haben.

Die mangelhafte Entwickelung der Erfindung kann zunächst den kausalen Kern der Erfindung betreffen. Die kausalen Folgen kommen in der Praxis niemals in reinem, isoliertem Zustande vor, sondern stets gemischt mit zahllosen fremden Bestandteilen, und die Unvollkommenheit unserer Sinne läßt ein direktes Auffassen der in diesen Gemischen enthaltenen reinen Kerne nicht zu, sondern zwingt uns zu einer mühsamen indirekten Erforschung derselben durch Beobachtung, Spekulation und Experiment.

Zu diesen Unvollkommenheiten in der sinnlichen Auffassung kommen noch die weiteren Schwierigkeiten der begrifflichen Abgrenzung und sprachlichen Fixierung der gefundenen Elemente des kausalen Kerns, da diese Elemente sich mit den bekannten Begriffen in der Regel nicht genau decken.

Je nach der Natur der Verknüpfungsweise der Fremdelemente mit der reinen Erfindung lassen sich verschiedene Arten von Rohformen der Erfindung unterscheiden.

Die unvollkommene Entwickelung einer Roherfindung kann ferner auch die Brauchbarkeit des kausalen Kernes zur Bedürfnisbefriedigung betreffen. Man gelangt auch in wirtschaftlicher Beziehung niemals sofort zur reinen Erfindung, sondern stets zunächst zu Zwischenstadien, welche die allgemeine, umfassende wirtschaftliche Anwendbarkeit noch nicht zu erkennen gestatten.

Eine unvollkommene Entwickelung des Tätigkeitsmerkmals liegt ferner vor, wenn die Mittel der Erfindung bei den bisher bekannten oder theoretisch wahrscheinlichen Durchführungsformen der Erfindung noch nicht direkt, sondern nur indirekt durch Herstellung entfernterer Vormittel erzeugt werden.

Auch das weitere Merkmal der bewußten teleologischen Auffassung des kausalen Aktes kann die Ursache der unvollkommenen Entwickelung einer Erfindung sein, wenn nämlich der Effekt einer Erfindung zwar objektiv vorhanden, aber subjektiv noch nicht erkannt ist. Das geistige Moment der Erfindung ist zwar nur denkbar, wenn ein Zweck vorhanden und erkannt ist. Bei Einzelerfindungen ist demnach die Erkenntnis des Erfindungseffekts notwendige Vorbedingung. Bei einem Parallelverband zweier Erfindungen, bei welchem also derselbe Mittel-

komplex drei Effekte liefert, genügt dagegen die Erkenntnis eines dieser Effekte. Die zweite Erfindung ist auch in geistiger Beziehung vollendet, sobald nur die Rohmittel überhaupt durch bewußte menschliche Tätigkeit hergestellt worden sind, auch wenn die Absicht bei dieser Herstellung sich nur auf den Effekt der ersten Erfindung bezog.

Die unvollkommene Entwickelung des Zugänglichkeitsmerkmals endlich kann darin bestehen, daß entweder die Erfindung nur unter gewissen normalen Umständen zugänglich ist, während sie unter anormalen Umständen versagt, oder daß aus einer gewissen Quantität eines Mittels bisher nur ein Bruchteil der höchsten theoretisch möglichen Effektquantität erzielt werden kann, während der Rest noch unzugänglich ist. —

Die dargelegten Rohformen der Erfindung sind wichtig für die Untersuchungen der Vollständigkeit und der Neuheit von Erfindungen. Eine Erfindung ist vollständig, auch wenn sie bisher nur in einer unentwickelten rohen Form vorliegt. Eine bekannte Roherfindung wird nicht dadurch zu einer neuen Erfindung, daß man sie weiter entwickelt, z. B. ihre naturwissenschaftliche Grundlage, ihren kausalen Kern näher erforscht, ihr wirtschaftliches Anwendungsgebiet erweitert, ihren Effekt entdeckt usw. (Natürlich kann aber in den Mitteln zur Erzielung dieser Weiterentwickelung eine neue Erfindung liegen.)

Zu den Rohformen der Erfindung gehört auch die zeitlich unselbständige zusammengesetzte Erfindung, die in Verbindung mit anderen Erfindungen auftritt und bei der in dem augenblicklichen Forschungsstadium noch keine Fälle der Erfindung vorhanden oder theoretisch wahrscheinlich sind, in denen sie ohne diese anderen Erfindungen, also als einfache Erfindung vorkommt. Dagegen bekämpft Schütze die deutsche Praxis, auch eine einheitliche Gruppe von Erfindungen als „eine" (zusammengesetzte) Erfindung aufzufassen.

Eine eigentümliche Klasse von Erfindungs-Rohformen kennzeichnet sich endlich dadurch, daß in der Darstellung (Beschreibung, Zeichnung oder Nachbildung) Bestandteile fehlen, die zwar für die Erfindung wesentlich sind, jedoch nach bekannten Regeln ergänzt werden können. Eine vollständige Erfindung liegt auch dann vor, wenn die Möglichkeit vorhanden ist, durch nähere Besichtigung und Untersuchung der Verkörperungsformen sämtliche wesentlichen Elemente der Erfindung festzustellen; für die Vollständigkeit einer Erfindung ist es daher nicht notwendig, daß dieselbe ohne weiteres, d. h. ohne jede Untersuchung erkennbar ist. Im Patentgesetze sind diese scheinbar unvollständigen Erfindungen mit Hilfe des Sachverständigenbegriffs definiert. Schütze hält diesen als zu subjektiv für nicht empfehlenswert.

2. Ein chemisches Verfahren ist patentfähig, falls es einen neuen Stoff liefert, dessen Entstehung nicht nach Analogieen vorauszusehen war, mag auch zur Zeit irgend eine Verwendungsfähigkeit dieses Stoffes noch nicht bekannt sein. Daher ist ein Verfahren zur Gewinnung eines neuen, originalen Zwischenprodukts stets patentfähig.

v. Boehmer, Patentierbarkeit von Verfahren zur Herstellung von Zwischenprodukten, GewRschutz **03** 285—291 (gegen Schanzes Lehre vom Erfordernisse der „liquiden" Brauchbarkeit; Schanze, ÖstPBl. **02**, No. 11–14).

3. Schanze, Beiträge z. Lehre v. d. Patentfähigkeit **04** 222 ff., vertritt im Anschluß an Ephraim, Z. f. angewandte Chemie **01** 901 ff., die Ansicht: Bei analytischen Verfahren müsse man Untersuchungs- und Herstellungsverfahren unterscheiden; letztere seien patentfähig, dagegen analytische Untersuchungsverfahren nicht, da sie nicht gewerblich verwertbar seien.

4. Schanze, Kombination, Aggregation und Variation in ihrer patent-

rechtlichen Bedeutung, ÖstPBl. **04** 405—410, 462—466, 562—563, 605 bis 607, 656—659, 703—706 führt aus:

Kombination ist die Verbindung der Teile zu einem von der Summe der Teile wesensverschiedenen Ganzen: das Ganze weicht von der Summe entweder qualitativ ab oder übertrifft sie quantitativ.

(Bei der Kombinationserfindung in diesem engeren Sinne müssen die Elemente eine gewisse Selbständigkeit aufweisen; im weiteren Sinne ist jede Erfindung eine Kombination.)

Die Aggregation, deren Wirkung nur die Summe der Wirkungen ihrer Elemente ist, kann niemals eine Erfindung sein um ihres Erfolges willen, wohl aber, weil in der Stellung oder Lösung der Aggregationsaufgabe eine besondere Schwierigkeit lag.

Nicht bloß die Kombination und die Aggregation, auch die Variation kann eine Erfindung sein; von der Kombination unterscheidet sie sich dadurch, daß bei ihr die Wirkung gegeben ist und nur das Mittel gesucht wird, während bei der Kombination gerade die Wirkung das Eigenartige ist; von der Aggregation dadurch, daß bei letzterer die Mittel bereits vorhanden sein müssen.

5. **RG.** PBl. **10** 330: Die spekulative Idee ohne gleichzeitige Herstellung des technischen Ergebnisses, welches die Idee ins Leben einführt, kann nicht Gegenstand des Patentschutzes sein. Die Angabe der Aufgabe genügt dann, wenn das Mittel der Lösung sich von selbst aufdrängt.

6. **RG.** PBl. **9** 224: Wenn die Nachteile eines Verfahrens jahrhundertelang empfunden sind und wenn ein Mittel zur Beseitigung anscheinend bereit lag, trotzdem aber nicht angewendet worden ist, bei täglicher Benutzung des alten Verfahrens in Hunderten von Betrieben, dann hat derjenige, welcher das Mittel anwendet, ohne daß die Anwendung durch andere Umstände nahegelegt wurde, eine Erfindung gemacht.

7. **RG.** PBl. **10** 35: Gesetzwidrig ist ein Verfahren nur dann, wenn seine Anwendung notwendig gegen ein Gesetz verstößt, nicht schon, wenn das bei ungeschickter Ausführung möglich ist.

8. **RG.** PBl. **9** 222: Wenn auch vor der Anmeldung bereits bekannt war, daß Indigo bei seiner Behandlung mit Schwefelsäure ein Sulfat bilde, aus dem er durch Wasser unverändert abgeschieden werden könne, und wenn es auch nahe lag, daß der so abgeschiedene Indigo besonders fein verteilt und deshalb leicht löslich sein müsse, so ist doch die gewerbliche Anwendung dieser wissenschaftlichen Tatsachen vor der Anmelderin von niemandem versucht worden. Der gewerbliche Fortschritt, der durch die Anmeldung erzielt ist, ist so bedeutsam, daß die Patentfähigkeit anerkannt werden muß.

9. PA., PBl. **9** 186: Das angemeldete Verfahren ist kein bloßes Analogieverfahren und deshalb patentfähig. Daß man zur Zeit der Anmeldung annehmen mußte, es sei ein bloßes Analogieverfahren — da der Nachweis, daß die Reaktion zwischen Phosgen und Aminoverbindungen nicht ausnahmslos zur Entstehung von Harnderivaten führt, erst im Laufe des Erteilungsverfahrens erbracht ist —, ist unerheblich.

Es handelt sich dabei nicht um ein Merkmal der Erfindung, sondern um eine Voraussetzung der Patentierung.

10. **RG.** PBl. **9** 252, GewRschutz **04** 298, JW. **03** 187: Die Einsicht in die Naturgesetze über die Wirkung bewegter Massen, die Fähigkeit, den Wert der hierdurch erzeugten Kräfte zu berechnen, und die dadurch gewonnene Möglichkeit, die störenden freien Kräfte unschädlich zu machen, sind Entdeckungen. Sie haben nur die Bedeutung von Hilfsmitteln, die zu einer neuen Erfindung führen können. Deshalb kann eine neue Erfindung nicht bloß dann angenommen

werden, wenn die Hilfsmittel selbst bekannt sind, sondern auch dann, wenn ihre Verwertung bereits eine Erfindung zur Folge gehabt hat: es kommt nur darauf an, wie sie benutzt werden, und ob die Art ihrer Benutzung zu einem neuen, bisher nicht gekannten technischen Erfolg führt.

11. **RG.** PBl. **10** 76: Gegenüber einem schwierig zu handhabenden, kostspieligen Apparat ist ein technisch brauchbarer, einfacher Apparat eine Erfindung, auch wenn er auf der Benutzung derselben Naturgesetze beruht (Wehnelts Elektrolytischer Stromunterbrecher).

12. **RG.** PBl. **10** 77: Eine Unrichtigkeit in der Beschreibung der Erfindung ist jedenfalls dann unerheblich, wenn ein Sachverständiger bei Versuchen ohne weiteres die Unrichtigkeit hätte entdecken und richtig stellen müssen; es kann in diesem Falle dahingestellt bleiben, ob sie auch dann unerheblich wäre, wenn sonstwie nachgewiesen würde, daß der Anmelder die Erfindung tatsächlich gemacht hat und nur ein Versehen vorliegt (Wehnelts Elektrolytischer Stromunterbrecher).

13. PA., PBl. **10** 262: Daß die wissenschaftlichen Grundlagen einer technischen Maßnahme gegeben waren, schließt den Erfindungscharakter nicht aus.

14. **RG.** JW. **04** 242: Die Übertragung eines bekannten Verfahrens auf ein anderes Gebiet ist nur dann eine Erfindung, wenn technische oder gedankliche Schwierigkeiten entgegenstanden oder sie zu einem unerwarteten Erfolge geführt hat.

§ 2. 1. **RG.** SächsA. **14** 89, GewRschutz **04** 299: Um die Offenkundigkeit der Vorbenutzung auszuschließen, bedarf es keiner ausdrücklichen Verpflichtung der Arbeiter zur Verschwiegenheit; diese Verpflichtung ergibt sich schon aus der Treupflicht, die die Arbeiter dem Fabrikinhaber gegenüber bindet.

2. **RG.** PBl. 9 252: Eine Veröffentlichung, in der der Verfasser eine Maßnahme bespricht, sie aber verwirft, weil sie das betreffende Problem nicht löse, nimmt, wenn ein anderer die Maßnahme als Lösung des Problems verwirklicht, die Erfindung nicht vorweg, da sie in der Vorveröffentlichung nicht erkannt ist.

3. **RG.** PBl. 9 227: Ein Vortrag, durch den ein Verfahren bekannt gegeben wird, ist nicht patenthindernd, wenn er nicht gehalten wird, um durch denselben das Verfahren oder dessen Kenntnis gewerblich zu verwerten.

4. Dagegen ist die Mitteilung des Verfahrens an Kunden, um durch dieselbe gewerbliche Vorteile (z. B. Bestellungen) zu erlangen, eine Benutzung des Verfahrens, und wenn keine Geheimhaltung bedungen ist, eine offenkundige Benutzung.

5. **RG. 56** 54, JW. **04** 75, PBl. **10** 171, GRschutz **04** 299: Läßt jemand nach einer Zeichnung in der Werkstatt eines anderen ein Modell herstellen und wußte der andere, daß er mit der Vorbereitung für den Erwerb sei es eines Gebrauchsmusterrechts, sei es eines Patentrechts zu tun habe, so liegt keine offenkundige Vorbenutzung vor.

6. **RG.** Mitt. v. VDP. **04** 44: Prospekte, die an 975 Eisenbahn-Dienststellen versandt waren, sind für öffentliche Druckschriften erklärt worden, da die Beamten bezüglich derselben zur Verschwiegenheit nicht verpflichtet waren. Durch eine so weite Verbreitung erlangte die Druckschrift die Eigenschaft einer öffentlichen.

§ 3. I. Abs. 1. 1. Ephraim, GewRschutz **03** 277—284. Anmeldungen auf fremden Namen sind zulässig. Gegen ihn Herse, Mitt. v. VDP. **03** 62; dagegen wieder Ephraim, Mitt. v. VDP. **03** 69 und wieder Herse, Mitt. v. VDP. **03** 75.

2. PA., PBl. **10** 8: Stimmt eine spätere Anmeldung mit einer früheren zwar nicht völlig überein, weist aber ihr gegenüber lediglich eine konstruktionelle

Abänderung auf, so muß das Patent auf sie versagt werden. Dies gilt auch dann, wenn nach der Fassung der Patentansprüche eine Kollision der Schutzbereiche, äußerlich betrachtet, nicht bestände.

3. **RG.** PBl. 9 225: Der als Leiter eines Betriebes Angestellte hat, auch wenn der Anstellungsvertrag darüber nichts besagt, auf Verbesserungen bedacht zu sein. Erfindungen, die er während der Dienstzeit macht, werden — mag er auch die Idee schon vorher gehabt haben — Eigentum des Dienstherrn.

4. PA., PBl. 9 222: Ein nach Schluß der Dienststunden eingehendes Telegramm gilt erst dann als eingegangen, wenn es in den Geschäftsgang des PA. gekommen ist, also erst am nächstfolgenden Werktage.

5. **RG.** PBl. 10 38: Für die Frage, ob Erfindungen des Angestellten dem Dienstherrn gehören, ist die ganze Stellung des ersteren, auch die Höhe des Gehalts, ferner auch das Verhalten des Dienstherrn nach Kenntnis der Erfindung zu berücksichtigen.

6. PA., Mitt. v. VDP. 03 60: Eine Anmeldung ist dem PA. erst zugegangen, wenn sie in den Geschäftsgang des Amtes gelangt und mit Eingangsdatum und der Geschäftsnummer versehen ist. Die Übergabe an den Präsidenten des PA. in dessen Privatwohnung gilt nicht als Eingang; außerhalb des Geschäftslokals existiert das PA. nicht.

7. **RG.** PBl. 10 173: Die klarere Fassung eines in der ersten Anmeldung ungenau ausgedrückten Erfindungsgedankens begründet dann keine Änderung der Priorität, wenn der letztere schon aus der ersten Anmeldung festgestellt werden kann.

8. PA., PBl. 10 169: Von zwei am selben Tage eingegangenen Anmeldungen gilt nach § 27 VO. v. 11. 7. 91 diejenige als später eingegangen, welche die höhere Geschäftsnummer trägt. Die Vermutung ist widerlegbar. Sie ist widerlegt, wenn es sich um Haupt- und Zusatzanmeldung handelt, und die erstere die höhere Nummer trägt.

II. Abs. 2. 1. v. Boehmer, GewRschutz 03 340 ff.: Meldet ein Angestellter eine von ihm gemachte Erfindung an, so hat der Prinzipal ein Einspruchsrecht (und ebenso die Nichtigkeitsklage) wegen Entnahme auch dann nicht, wenn ihm ein Recht auf die Erfindung zusteht.

2. OLG. 7 382, GewRschutz 04 300 (Hamm): Nur dann gehört die Erfindung eines Angestellten dem Dienstherrn, wenn sie zu den Obliegenheiten des Angestellten gehörte.

3. PA., PBl. 10 8: § 3 Abs. 2 findet auch dann Anwendung, wenn nur eine teilweise Zurückweisung, d. h. Beschränkung stattgefunden hat. Die zweite Anmeldung muß sich auf das beziehen, was der erste Anmelder fallen gelassen hat. Änderungen der Unterlagen der zweiten Anmeldung sind nur nach § 20 Abs. 3 zulässig.

Waren mehrere Einsprüche da, so muß der zweite Anmelder beweisen, daß gerade sein Einspruch die Zurückweisung zur Folge gehabt hat.

4. **RG.** 56 54; PBl. 10 171: Die Beschreibung, der die Anmeldung entnommen ist, kann auch eine mündliche sein.

5. **RG.** 56 54; PBl. 10 171: Die Beschreibung muß die Mitteilung eines fertigen Erfindungsgedankens, nicht bloß Angabe der allgemeinen Richtung sein.

6. PA., PBl. 10 187: Das Eigentum an den Erfindungen eines Angestellten wird auch ohne ausdrückliche Abrede dann vom Prinzipal unmittelbar erworben, wenn sich aus der Stellung des Angestellten die Pflicht für ihn ergibt, seine ganze technische Kraft in den Dienst des Prinzipals zu stellen und auf Verbesserungen auf dem Gebiet der ganzen Fabrikation bedacht zu sein.

Meldet hier der Angestellte selbst an, so liegt widerrechtliche Entnahme vor; darauf, ob die Kenntnis der Erfindung selbst rechtmäßig erworben ist, kommt nichts an.

7. **RG.** PBl. **10** 298: Der Anmelder war als Chemiker in einer Fabrik angestellt, die sich mit der Verwertung der Nebenprodukte des Saccharin beschäftigte. Die Fabrik arbeitete damals daran, aus diesen Nebenprodukten im Großbetrieb Benzaldehyd herzustellen.

Der Anmelder, der sich daran beteiligte, kam zu der Überzeugung, daß das nicht möglich sei, er fand aber ein Verfahren, aus anderen Komponenten Benzaldehyd herzustellen.

Diese Erfindung steht ihm zu. Nicht alle Ergebnisse seiner geistigen Tätigkeit standen dem Fabrikherrn zu, sondern nur insoweit sie in den Fabrikationsbetrieb fielen. Da die Fabrik sich nur mit der Verwertung der Nebenprodukte des Saccharin befaßte, war die Erfindung sein freies Eigentum.

§ 4. 1. Schanze, Die Verletzung des Kombinationspatents, SächsA. **14** 1—47: Es gibt keine teilweise Patentverletzung, sondern nur eine Patentverletzung durch teilweise oder modifizierte Ausführung der Erfindung. Das gilt auch für das Kombinationspatent. Bei dem letzteren gibt es außerdem aber auch eine Verletzung durch Ausführung von Kombinationsteilen; ein Kombinationspatent, das derart verletzt werden kann, heißt Totalitätspatent.

Eine scharfe Grenze zwischen beiden Verletzungsmöglichkeiten besteht nicht; es gibt Fälle, in denen man zweifeln kann, ob teilweise Ausführung der Kombination oder lediglich Ausführung eines oder mehrerer Kombinationsteile vorliegt; in diesen Fällen genügt für den Richter die alternative Feststellung, daß der eine oder der andere Fall vorliegt.

Von dem Grundsatz, daß eine teilweise oder modifizierte Ausführung der Kombinationserfindung eine Patentverletzung sein kann, gibt es zwei Ausnahmen:

a) Falls nur die spezielle Ausführung, nicht der allgemeine Lösungsgedanke geschützt ist, ist eine andere Ausführung keine Verletzung.
b) Ebenso falls die Abänderung an Stelle eines Teiles der Kombination einen anderen Teil setzt, der mit dem ersetzten Teil nicht gleichwertig ist.

Ein Totalitätspatent liegt vor:

a) wenn eine Totalitätserfindung patentiert ist. Die Teile einer Totalitätserfindung sind keine Erfindungen, jedenfalls nicht patentfähig.
b) wenn eine Kombinationserfindung patentiert ist, deren Teile selbständige Erfindungen, aber nicht selbständig patentiert sind.

In beiden Fällen, auch im letzteren, sind die Teile, insoweit sie dem Gesamtzweck dienen, auch außerhalb der Kombination geschützt; sollen im Falle zu b die Teile auch außerhalb des Kombinationszwecks Schutz genießen, so müssen sie selbständig patentiert werden.

2. P. Alexander-Katz, Gruchots Beitr. **48** 326: Eine Ausdehnung des Umfanges des Patents über den Kreis der Äquivalente hinaus — etwa im Wege der Analogie — ist unzulässig.

3. **RG.** PBl. **10** 73: Die durch einstweilige Verfügung gegen Zuwiderhandlungen anzudrohende Strafe darf nicht über 1500 M. hinausgehen; insoweit versagt das freie Ermessen des § 938 ZPO.

4. **RG.** PBl. **10** 73: Gegenüber Behauptungen eines anderen Anmelders, ihm stehe die Priorität oder wenigstens ein Vorbenutzungsrecht zu, ist dem Patentinhaber (oder -Anmelder) nach der Bekanntmachung die Klage auf Unterlassung, sowie der Schutz durch einstweilige Verfügung gegeben.

5. **RG.** JW. **04** 218: Bei der Unterlassungsklage darf der richterliche Ausspruch nicht allgemein die Verletzung des Patents verbieten, vielmehr müssen die

besonderen Einrichtungen bezeichnet werden, welche als das Patent verletzend erkannt werden. Ergibt sich mit Sicherheit, was die Klage will, so hat der Richter den nicht korrekten Antrag entsprechend zu ändern.

6. **RG.** JW. **04** 218, GewRschutz **04** 297: Bei Kombinationserfindungen genießt ein einzelnes Element nur dann selbständigen Schutz, wenn es sich selbst als Erfindung darstellt.

7. **RG.** PBl. **10** 266: Inverkehrbringen eines Verfahrens liegt vor, wenn der Unberechtigte einem anderen die Erlaubnis zur Anwendung des Verfahrens erteilt.

8. **RG.** PBl. **10** 331: Der Kläger ist der erste, der den Gedanken verwirklicht hat,

den heißen Luftstrom zu benutzen, um die Zündpille aus dem Bereiche der Flamme zu entfernen, und die Schwerkraft, um sie wieder in die frühere Stellung zu bringen.

Demgemäß fallen unter das Patent alle Selbstzünder, die sich als Lösung derselben Aufgabe mit denselben oder gleichwertigen Mitteln darstellen.

§ 5. 1. Damme, GewRschutz **04** 109: Das Vorbenutzungsrecht beruht auf dem Gedanken, daß der Anmelder, der der Lehrer der Nation ist, für den Vorbenutzer, der die Erfindung nicht mehr zu lernen braucht, nicht Lehrer ist.

2. **RG.** PBl. **9** 187: Wer als Angestellter eine Erfindung unter solchen Umständen gemacht und ausgeführt hat, daß der Erfindungsbesitz für den Dienstherrn erworben ist, hat an der Erfindung auch kein Vorbenutzungsrecht.

3. **RG.** PBl. **10** 73: Ein vereinzelter Versuch ergibt nicht, daß die Erfindung schon gemacht war.

4. **RG. 56** 223, PBl. **10** 362, GewRschutz **04** 302: Eine Firma hatte zwei Angestellten eine Erfindung zur eigenen Ausbeutung überlassen und ihnen zur Herstellung eines Modells ihre Fabrik sogar zur Verfügung gestellt. Das Recht zur Vorbenutzung an der Erfindung steht lediglich den Angestellten zu.

§ 6. 1. Isay, GewRschutz **04** 30: Stellt sich nachträglich, nachdem der Lizenznehmer die Erfindung schon längere Zeit benutzt hat, der Lizenzvertrag als nichtig heraus oder wird er z. B. wegen Irrtums oder Betrugs angefochten, so ist für die Zeit der Benutzung zwar nicht die vertraglich bedungene Gebühr, wohl aber eine angemessene Gebühr zu zahlen. Die §§ 346 ff. BGB. sind entsprechend anzuwenden.

2. PA., PBl. **9** 277: Wird der Anspruch auf Erteilung abgetreten, so tritt nach § 130 BGB. die Wirksamkeit gegenüber dem PA. erst dann ein, wenn ihm die Abtretungserklärung zugeht.

3. **RG. 57** 38, PBl. **10** 220, JW. **04** 154, GewRschutz **04** 344: Der Inhaber einer ausschließlichen Lizenz hat ein selbständiges Klagerecht gegen Patentverletzer. Die Übertragung des Benutzungsrechts des Patents wirkt quasidinglich.

§ 10. I. Abs. 1 Ziff. 1. **RG.** PBl. **10** 35: 1. Die Behauptung, der Anmelder habe gewußt, daß die angemeldete Maßnahme nicht das leiste, was sie leisten solle, begründet den Vorwurf der Erschleichung nicht, da das PA. nicht getäuscht ist.

2. **RG.** PBl. **10** 239: Das Patent war erteilt auf ein „Verfahren zur Darstellung einer kristallisierten Guajakolsulfosäure". Hinterher stellte sich heraus, daß das Produkt in Wahrheit nicht die angegebene Säure, sondern deren Natriumsalz ist.

Das Patent ist vernichtet, da es sich nicht um einen bloßen wissenschaftlichen Irrtum handelt, sondern um ein sachliches Anderes.

3. **RG.** PBl. **9** 306, JW. **03** 296: Wird die Nichtigkeitsklage auf Grund einer beschränkenden Auslegung des Patentanspruchs abgewiesen, so erwachsen die

Gründe doch nicht in Rechtskraft, da der Beklagte ja kein Mittel hat, sich gegen sie zu wehren.

4. PA., PBl. **10** 189, Mitt. v. VDP. **4** 13: Gegenüber den Urteilen des **RG.** (PBl. **6** 389 u. **8** 113) ist daran festzuhalten, daß die Nichtigkeit eines Patents wegen eines wesentlichen Verfahrensmangels nicht ausgesprochen werden kann. Der Richter steht einem endgültig erteilten Patente nicht wesentlich anders gegenüber, als einem rechtskräftigen Urteil. Der Vergleich mit einem nichtverfassungsmäßig zustande gekommenen Gesetz ist verfehlt.

Auch erheben sich die größten Zweifel, welche Mängel des Erteilungsverfahrens „wesentliche" sind.

Jedenfalls aber ist es für den Verkehr unerträglich, wenn ein Patent noch nach Jahren wegen irgendeines für wesentlich gehaltenen Verfahrensmangels der Vernichtung ausgesetzt sein soll.

5. **RG.** PBl. **10** 170: Wenn der Nichtigkeitskläger schlüssig darlegt, weshalb die Erfindung praktisch unausführbar sein muß, so muß der Beklagte beweisen, daß die Erfindung so wirkt, wie in der Patentschrift angegeben ist.

6. **RG.** PBl. **10** 216: Angemeldet war ein Desinfektionsapparat, bestehend aus einem ringförmigen Dampfentwickler, einem ringförmigen Brenner und einem vom Entwickler und Brenner umgebenen Behälter für die Desinfektionsmasse, gekennzeichnet ferner dadurch, daß der im Entwickler erzeugte Dampf die Masse emportreibt und zerstäubt.

Erteilt ist das Patent auf einen Apparat, der die Masse gleichzeitig mit dem Dampf in den zu desinfizierenden Raum hineintreibt, wobei als einziges Kennzeichen die ringförmige Anordnung von Entwickler und Brenner um den Behälter beibehalten wurde.

Das Patent ist beschränkt worden auf die angemeldete Erfindung, so daß also zu dem Kennzeichen der ringförmigen Anordnung noch die weitere Einrichtung zum Emportreiben der Masse hinzugefügt ist.

Trotzdem würde, falls die ringförmige Anordnung ein selbständiges Element der Gesamterfindung darstellte, sie selbständigen Schutz genießen.

II. Abs. 1. 1. Ziff. 2. PA., PBl. **10** 327: Ein Patent kann auf Grund § 10 Ziff. 2 auch dann vernichtet werden, wenn das entgegenstehende ältere Patent inzwischen für nichtig erklärt worden ist. Allerdings hat die Nichtigerklärung rückwirkende Kraft; allein die Tatsache der Patenterteilung wird damit nicht ungeschehen gemacht. Die Tatsache des gleichzeitigen Nebeneinanderbestehens zweier Patente reicht zur Vernichtung des jüngeren hin.

2. Ziff. 3. **RG.** PBl. **10** 294: Enthält das Patent noch ein Plus über die Entnahme hinaus, so ist es dennoch ganz zu vernichten, wenn das Plus nicht selbst noch eine Erfindung ist; sonst ist es darauf zu beschränken.

Erfindungen, die der leitende Direktor einer Fabrik macht, gehören, sofern sie in deren Fabrikationszweig fallen, dem Eigentümer der Fabrik. Das ergibt sich aus dem Wesen des Dienstverhältnisses.

III. Abs. 2. 1. Schanze, GRschutz **04** 57: Ein Patent, das in verschiedenen Ansprüchen eine Mehrzahl von Einzelerfindungen schützt, kann nur dann in ein Patent auf die Kombinationen derselben verwandelt werden, wenn man annehmen kann, daß das ursprüngliche Patent nicht nur für die Einzelerfindungen für sich, sondern daneben auch noch zu deren Vereinigung erteilt ist.

Ist anstatt mehrerer Patentansprüche für Einzelerfindungen ein Anspruch für die Kombination erteilt, so ist Abhilfe im Nichtigkeitsverfahren unmöglich. Hier muß Interpretation helfen.

2. Schanze, GRschutz **04** 59: Bei Totalitätspatenten endigt mit der Vernichtung der Kombination auch der Schutz der Teile.

Andererseits kann der Schutz der Teile nicht selbständig im Nichtigkeitsverfahren beseitigt werden. Das ist Auslegung und also Sache des ordentlichen Richters.

3. Schanze, GRschutz **04** 53: Es gibt zwei Möglichkeiten der Kombination alter und neuer Elemente bei einem Kombinationspatent. Entweder die neuen Elemente erzeugen die der Erfindung charakteristische Wirkung gemeinsam mit den alten Elementen — Kombination i. e. S. — oder die neuen Elemente erzeugen für sich allein die der Erfindung charakteristische Wirkung und diese dann zu der Wirkung der alten Elemente hinzu — Kombinationen i. w. S.

Bei den ersteren ist es unzulässig, den Patentanspruch auf die noch unbekannten Kombinationselemente zu beschränken, bei den letzteren dagegen ist das Patent auf die neuen Elemente zu beschränken.

4. **RG.** PBl. **10** 239: In dem Falle zu Ziff. I 2 hatte die Nichtigkeitsbeklagte gebeten, das Patent als solches auf ein Verfahren zur Darstellung des Natriumsalzes der Guajakolsulfosäure aufrechtzuerhalten. Das ist nicht möglich, da nach dem Inhalte der Erteilungsakten das PA. gerade auf die kristallisierte Guajakolsulfosäure Wert gelegt hat.

§ 11. I. Ziff. 1. 1. Pilenko, GRschutz **03** 258–262: Die unbefugte Ausführung seitens dritter Patentverletzer kommt dem Patentinhaber dann nicht zugute, wenn er sich bemüht hat, sie zu verhindern.

2. PA. v. 21. 4. 04, PBl. **10** 357: Hat ein Patent hintereinander mehrere Träger gehabt, so ist es bezüglich der Zurücknahmebefugnis so anzusehen, als ob nur eine Person Patentinhaber gewesen ist (so auch noch kürzlich das **RG.** v. 24. 10. 03).

Das Verhalten nach der Klagerhebung fällt mit ins Gewicht.

Da die Klägerin die einzige Fabrikantin solcher Verschlüsse ist, wie sie den Gegenstand des Patents bilden, so fällt das Interesse der deutschen Industrie mit dem der Klägerin zusammen.

II. Ziff. 2. 1. Wirth, GRschutz **04** 33 ff. wendet sich dagegen, daß das RG. in einer Entscheidung für die Beantwortung der Frage, ob die Erteilung einer Lizenz an den Kläger im öffentlichen Interesse liege, die Tatsache der Erteilung eines (Verbesserungs-) Patents als Vermutung verwertet, dahin, daß das dem Kläger erteilte Patent eine Vervollkommnung des Patents des Beklagten darstelle.

2. Zimmermann, GRschutz **03** 368 ff., stimmt der Entsch. d. RG. zu, wonach es für den Lizenzzwang des § 11 gegenüber dem Hauptpatent genügt, wenn die abhängige Erfindung einen gewerblichen Fortschritt gegenüber dem Hauptpatent zeigt.

3. **RG.** **54** 4, PBl. **9** 279, JW. **03** 160 Nr. 27: Der Inhaber eines Hauptpatents muß dem Inhaber eines Zusatzpatents, welches, wie die Patenterteilung zeigt, eine Verbesserung des Hauptpatents darstellt, eine Lizenz gewähren. Das öffentliche Interesse daran ist schon allgemein dadurch gegeben, daß das Patent des Klägers einen gewerblichen Fortschritt darstellt, insbesondere vorliegend dadurch, daß es eine erhöhte Sicherheit der Arbeiter bezweckt.

Bei der Beurteilung der Angemessenheit der Vergütung ist eine vom Patentinhaber anderen Lizenzträgern versprochene Konventionalstrafe für den Fall anderweiter Lizenzvergebung außer Ansatz zu lassen. Denn eine im öffentlichen Interesse erzwungene Lizenz ist keine Zuwiderhandlung gegen den Vertrag.

§ 16. PA., PBl. **9** 246: Der Bekanntmachungsbeschluß ist in sachlicher Beziehung nicht angreifbar; er ist es nur insofern, als er einen Verfahrensabschnitt darstellt und sich also die Beschwerde gegen das Verfahren richtet.

§ 18. PA., PBl. **10** 216: Andere Bescheinigungen, als die Feststellung einer aus den Akten sich ergebenden Tatsache, können — weil unzulässige Gutachten — vom PA. nicht verlangt werden. Danach zulässige Bescheinigungen werden vom Präsidenten ausgestellt.

§ 19. 1. RG. PBl. **10** 73: Die Eintragung in die Patentrolle bedingt zwar nicht den materiellen Rechtsübergang, stellt aber die vollständige formelle Legitimation dar, die der Prozeßgegner zu fordern berechtigt ist.

2. PA., PBl. **10** 9: Für die „beweisende" Form, die § 19 fordert, ist ein prima facie-Beweis des amerikanischen Rechtes nicht ausreichend.

3. PA., PBl. **10** 357: Abschriften und Auszüge aus einer Anmeldung, die nicht zur Bekanntmachung geführt hat, dürfen in keinem Falle erteilt werden.

§ 20. 1. PA., Mitt. v. VDP. **3** 75 (in einer Warenzeichensache): Die Unterzeichnung einer dem PA. eingereichten Anmeldung ist zur Wahrung der Priorität nicht erforderlich.

2. PA., PBl. **10** 10: Eine als „Voranmeldung" bezeichnete Eingabe, in der erklärt wurde, daß Anmeldung nebst Beschreibung und Zeichnung folgen sollten, wurde für wirkungslos erklärt. Eine Voranmeldung kennt das deutsche Patentrecht nicht.

§ 21. 1. PA., PBl. **9** 278: Die Angabe eines Vertreters, der Anmelder habe ihn nicht rechtzeitig instruiert, ist keine genügende Begründung für ein Gesuch um Fristverlängerung.

2. PA., PBl. **10** 34: Ob die gesetzte Frist zu verlängern ist, entscheidet lediglich das pflichtgemäße Ermessen der zur Fristsetzung berufenen Stelle. Eine Frist braucht nicht als „letzte" bezeichnet zu werden, um die Folge des § 21 Abs. 4 nach sich zu ziehen.

§ 22. 1. Stort, Mitt. v. VDP. **04** 78—80, 84—88: Der Vorprüfer ist im Falle eines Vorbescheides nicht nur von der Abstimmung, sondern auch von der Beratung ausgeschlossen.

2. PA., PBl. **9** 245: Die Aussetzung der Prüfung einer älteren Anmeldung mit Rücksicht auf eine jüngere ist unstatthaft, auch wenn der Anmelder der ersteren erklärt, sie zurückziehen zu wollen, falls auf die jüngere ein Patent erteilt werde. Die Allgemeinheit hat ein Interesse daran, so schnell wie möglich zu wissen, ob ein Ausschlußrecht begründet wird oder nicht.

3. PA., PBl. **10** 33, Mitt. v. VDP. **4** 5: Wird die Übereinstimmung einer jüngeren Anmeldung mit einer älteren angenommen, so ist ihre Prüfung nur so lange fortzusetzen, bis ohne diese Annahme die Auslegung zu beschließen wäre; dann ist das Schicksal der älteren abzuwarten.

4. PA., PBl. **10** 264: Von zwei identischen Anmeldungen ist die Behandlung der jüngeren auszusetzen, auch dann, wenn es sich um Anmeldungen desselben Anmelders handelt und dieser erklärt, die ältere zurückzuziehen, sobald auf die jüngere das Patent erteilt werde.

§ 23. 1. RG. JW. **03** 3: Der einstweilige Schutz erlischt nicht durch die Versagung des Patents seitens der Anmeldeabteilung, falls der Anmelder rechtzeitig Beschwerde einlegt. Daher besteht auch kein Anlaß, einen Rechtsstreit, in dem der Anmelder den vorläufigen Schutz geltend macht, auszusetzen.

2. RG. PBl. **9** 229; JW. **03** 346; SeuffA. **58** 245: Nach der Bekanntmachung kann der Anmelder wegen Verletzung bereits aus § 35 auf Schadensersatz klagen. Wird das Patent versagt, so muß er das Erlangte nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung herausgeben.

3. PA., PBl. **9** 246: Weicht der Bekanntmachungsbeschluß von dem angemeldeten Patentanspruch ab, so muß dem Anmelder vorher Gelegenheit gegeben

werden, sich über die Änderung zu äußern, selbst wenn es sich nach der Meinung der Anmeldeabteilung bloß um eine redaktionelle Änderung handelt.

4. **RG.** PBl. **10** 73: Auch nach der Bekanntmachung der Anmeldung ist schon der Schutz durch einstweilige Verfügung möglich.

5. PA., Mitt. v. VDP. **4** 17: Der Antrag, zum Zweck der Beschlußfassung über die Rätlichkeit eines Einspruchs die Kopien der Verhandlungen zwischen PA. und Anmelder vor dem Bekanntmachungsbeschluß mitzuteilen, ist, ebenso wie der Antrag auf Mitteilung der darin angezogenen Vorveröffentlichung abgelehnt worden, da diese Mitteilung für jenen Zweck nicht unumgänglich erforderlich sei.

6. PA., Mitt. v. VDP. **4** 88: Da eine bekannt gemachte Anmeldung den vorläufigen Patentschutz genießt, so besteht für Dritte das Interesse an der Kenntnis der Unterlagen, um den Schutzumfang zu ermitteln. Daher ist der Antrag auf Erteilung von Abschriften nicht anders zu beurteilen als bei einem Patent.

§ 24. 1. PA., PBl. **10** 189: Innerhalb der Einspruchsfrist müssen auch die Tatsachen angegeben werden, auf die der Einspruch gestützt wird.

2. PA., Mitt. v. VDP. **4** 31: Wenn nach erfolgtem Einspruch die Anmeldeabteilung mit dem Anmelder über eine neue Fassung der Patentansprüche verhandelt, so ist der Einsprechende vor der Beschlußfassung über die Erteilung über das Ergebnis jener Verhandlungen zu hören, diese sind ihm also mitzuteilen. Das entspricht dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs der Beteiligten.

§ 25. 1. Isay, Mitt. d. VDP. **04** 81: Die Beteiligten haben das Recht auf Ladung zu den Beweisterminen, sowie Fragen zu stellen, bzw. stellen zu lassen.

2. PA., PBl. **10** 264: Ist der Beschluß der Abteilung in mündlicher Verhandlung verkündet, so dürfen spätere Eingaben nicht mehr berücksichtigt werden.

§ 26. 1. PA., PBl. **9** 277: Die Mitteilung eines Patentanwalts, der Anmelder beabsichtige Beschwerde einzulegen, ist nicht als Beschwerde im Namen des Anmelders anzusehen.

2. PA., PBl. **10** 10: Eine Beschwerdeeinlegung unter einer Bedingung oder einem Vorbehalt ist wirkungslos.

3. KG., KGJ. **26** A 172; PBl. **10** 111: Die Beschwerde in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit muß schriftlich, d. h. unterschriftlich erfolgen; § 126 BGB. kommt zwar nicht unmittelbar zur Anwendung, da er sich nur auf Rechtsgeschäfte bezieht, die Beschwerde aber eine Rechtshandlung ist. Allein aus der Beschwerde muß klar ersichtlich sein, daß sie dem Willen des Beschwerdeführers entspricht, dazu ist die Unterschrift erforderlich.

4. PA., PBl. **9** 278: Im Patenterteilungsverfahren kann über die Kosten nur zugleich mit der Sache selbst entschieden werden. Zieht der Anmelder, nachdem der Einsprechende Beschwerde eingelegt hat, die Anmeldung zurück, so kann über die Kosten nicht mehr entschieden werden. Eine rechtsähnliche Anwendung der §§ 271, 515 ZPO. ist ausgeschlossen.

5. PA., PBl. **10** 10: Wird das Patent versagt, zugleich aber ein Einspruch als unzulässig verworfen, so hat auch der Einsprechende nur die Beschwerde aus § 26, nicht die fristlose aus § 16.

6. PA., PBl. **10** 394: Wird die Beschwerdegebühr mit einer falschen Bestimmungsangabe eingezahlt, so ist eine Berichtigungserklärung bedeutungslos, jedenfalls dann, wenn sie selbst nicht innerhalb der Beschwerdefrist eingeht.

7. PA., PBl. **10** 412: Ist der Einspruch nicht form- und fristgerecht erhoben, so wird der Einsprechende auch nicht dadurch zum Beteiligten, also be-

schwerdeberechtigt, daß ihm der Patenterteilungsbeschluß von der Anmeldeabteilung zugestellt wird.

§ 31. 1. Rathenau, Kostenfestsetzung im Patentnichtigkeitsverfahren, PBl. **9** 296—306, stellt auf Grund amtlichen Materials die Grundsätze bis ins einzelne zusammen: a) über das Kostenfestsetzungsverfahren selbst, b) über die materielle Kostenfestsetzung, d. h. darüber, welche Kosten als erstattungsfähig zu betrachten sind. Zum Schlusse erörtert er die Frage, ob die Kostenentscheidung selbständig anfechtbar ist, und verneint sie.

2. PA., PBl. **10** 10: Kosten für Abschriften von Patentschriften, für Übersetzungen von englischen und französischen Drucksachen sind nicht erstattungsfähig.

Ferner sind abgesetzt Kosten für Versuche, die der Nichtigkeitskläger unaufgefordert, ohne einen Beschluß der Nichtigkeitsabteilung, angestellt hatte.

3. PA., PBl. **10** 394: Der Patentanwalt darf außer der Gesamtsumme für die Vertretung nicht noch besonders für Zeitversäumnis liquidieren.

§ 40. LG. Dresden (Strafk.), PBl. **10** 395: Die Bezeichnungen „D. R. P. A.", „D. R. P. Amt", „Deutsches Reichs-Patent-Amt", „Deutsches Patent-Amt" mit der Nr. eines Gebrauchsmusters dürfen für Gegenstände, die nur durch ein solches geschützt sind, nicht angewendet werden.

Gesetz betr. den Schutz von Gebrauchsmustern.

Vom 1. Juni 1891.

§ 1. Abs. 1. 1. RG., R. **04** 23, GRschutz **04** 22: Komplizierte Maschinen sind nicht schutzfähig, wohl aber einzelne Vorrichtungen an Maschinen, denen eine selbständige Funktion zukommt.

Die Zusammenstellung bekannter Elemente in der Art, daß eine Verbilligung oder eine Vereinfachung des Arbeitsvorganges erzielt wird, kann schutzfähig sein.

2. LG. Leipzig, OLG. Dresden, PBl. **10** 345: Eine Vorrichtung ist schutzfähig, auch wenn sie nicht für sich allein, sondern nur in Verbindung mit dem Gebrauchsgegenstande, dessen Brauchbarkeit sie erhöht, modellfähig ist (Silikatfarbenanstrich an Eisschränken).

3. KG., DJZ. **04** 74, GRschutz **04** 22: Ein Gebrauchsmuster, bei dem das Neue in einer Größenänderung gegenüber dem Bekannten besteht, muß angeben, um welches Maß die Größenänderung erfolgen soll.

4. LG. Berlin I, PBl. **10** 301: Flächenerzeugnisse, die lediglich Anweisungen zu geistiger Tätigkeit sind (Bilderalbum mit Schminkanweisungen), sind nicht schutzfähig.

5. OLG. Hamburg, PBl. **10** 40: Kriegsschiffsmodelle zur Vorführung von Marineschauspielen sind musterschutzfähig.

6. Abs. 2. Cantor, DJZ. **04** 448: Die Neuheit ist hier nicht erschöpfend definiert.

§ 2. 1. Wirth, Mitt. v. VDP. **04** 23—31: Der Präsidialbescheid v. 5. 12. 03 (s. u. Nr. 2) über die Einheitlichkeit der Gebrauchsmuster ist unhaltbar; er will den Anmelder zwingen, weniger zu schützen, als er begehrt, und dem Richter in der Frage vorgreifen, ob der Anmelder nicht zu viel beansprucht hat. Dies Streben ist gegen das Gesetz; die Begründung widerspricht dem Geiste des Musterschutzgesetzes, und schließlich kann eine Teilung des Schutzes auch nicht den Umfang beeinflussen, das Ziel des Präsidialbescheides wird also nicht einmal erreicht. Dies letztere auch deshalb nicht, weil die Prüfung sich nur auf die Zeichnungen, nicht auf die schriftlichen Erklärungen des Anmelders erstreckt.

In der Praxis wird übrigens die bloße Prüfung der Zeichnungen nicht durchgeführt, sondern die Beschreibung bei der Prüfung auf Einheitlichkeit zu Hilfe genommen.

Geht man, wie ein Präsidialbescheid v. 7. 2. 03, davon aus, daß die Anmeldestelle weder technisch noch juristisch eine sachliche Prüfung anstellen kann und darf, so hat sie nur formell zu prüfen, d. h. zuzusehen, ob irgend ein Gesichtspunkt für die Einheitlichkeit beigebracht werden kann, sei es ein wirtschaftlicher, ein technologischer oder ein juristischer.

2. Präsidialbescheid v. 5. 12. 03, PBl. **9** 307: Die Einheit des Modells ist in der Regel nur bei Einzahl des zur Verkörperung der Neuerung ab- oder nachgebildeten Gegenstandes vorhanden. Mehrere Ausführungsformen dürfen in einer Anmeldung nicht vereinigt werden, auch nicht mit dem Vermerke, daß eine derselben das „Modell" i. S. des Gesetzes sein solle.

Abweichend gelten als einheitlich: Gegenstände, die zueinander gehören, wie Haken und Öse, Schlüssel und Schloß, sowie Gegenstände, die eine Garnitur oder Kollektion bilden.

Eine scheinbare Ausnahme besteht bei mehrfachen Darstellungen desselben Gegenstandes, z. B. in mehreren Schnitten.

Soweit hiernach mehrere Abbildungen unzulässig sind, dürfen sie auch in die Beschreibung nicht aufgenommen werden. Dagegen können als neu mehrere technisch unzusammenhängende Merkmale oder ein allgemeines Merkmal — unter das eine Reihe Ausführungsformen fallen würde — angegeben oder bestimmte Merkmale als unwesentlich oder ersetzbar bezeichnet werden.

3. **RG.** JW. **04** 122 Nr. 27: Das angemeldete Gebrauchsmuster betr. eine Vorholfeder für Rohrrücklaufgeschütze gab nur drei Merkmale an, welche unstreitig für Vorholfedern bei Geschützen mit kurzem Rohrrücklaufe bekannt waren. Auch wenn es richtig ist, daß hier zum ersten Male eine so gestaltete Feder auf Geschütze mit langem Rohrrücklauf angewendet worden ist, so fehlt es doch hier an der Angabe der Mittel, durch welche die fragliche Feder dazu befähigt werden soll.

§ 3. Erlaß des Staatssekr. d. Innern v. 1. 2. 04, PBl. **10** 173: Die Verfügungen des Präsidenten auf Vorstellungen gegen Verfügungen der Anmeldestelle für Gebrauchsmuster sind keine reinen Verwaltungshandlungen, sondern haben prozessualen Charakter. Daher gibt es gegen sie mangels einer dahingehenden Bestimmung kein weiteres Rechtsmittel.

§ 4. 1. Damme, GRschutz **04** 110: Auch gegenüber dem Gebrauchsmuster gibt es ein Vorbenutzungsrecht.

2. **RG.** PBl. **10** 16: Der Schutzanspruch muß in Verbindung mit der Anmeldung als einem Ganzen, namentlich dem eingereichten Modell ausgelegt werden. Auch die noch vor Eintragung des Musters eingereichte Berichtigung des Schutzanspruchs kann zur Auslegung herangezogen werden.

Insoweit sich danach ein Teil des Musters als nichtschutzfähig herausstellt, bedarf es der Beschränkung auf die wirklich neuen Teile.

3. **RG.** **58** 24, JW. **04** 292 Nr. 15: Der Inhaber eines nicht schutzfähigen Gebrauchsmusters, der einem Dritten die Benutzung untersagt, haftet aus § 823 BGB. auch dann auf Schadensersatz, wenn ihm bloß Fahrlässigkeit zur Last fällt; verletzt ist das Recht auf Gewerbebetrieb.

4. **RG.** PBl. **10** 293: Wenn ein Dritter eine einstweilige Verfügung gegen den Patentinhaber beantragt, durch welche diesem verboten werden soll, zu behaupten, daß seine Konstruktionen das Patent verletzen, so hat er glaubhaft zu machen, daß er das Patent nicht verletze. Die Beweislast für die Patentver-

letzung trifft zwar im Hauptprozesse den Patentinhaber, dessen Grundsätze über die Verteilung der Beweislast gelten aber nicht für den Arrestprozeß.

Die Glaubhaftmachung liegt dem Antragsteller auch dann ob, wenn dem Patentinhaber in einem von ihm gestellten Antrag auf eine einstweilige Verfügung gegen den Dritten es nicht gelungen ist, die Patentverletzung glaubhaft zu machen.

§ 9. OLG. Hamburg, PBl. **10** 40: Für die Verletzungsklage ist der nicht eingetragene Erwerber eines Gebrauchsmusters aktiv legitimiert.

Pariser Übereinkunft zum Schutze des gewerblichen Eigentums.

Vom 20. März 1883.

Art. 2. 1. Hugo Alexander-Katz, GewRschutz **03** 249—253: Nach Artt. 2 u. 3 der Union ist der gewerbliche Rechtsschutz gewährleistet

a) allen Staatsangehörigen der Unionsstaaten,

b) allen, welche in irgend einem Unionsstaat Wohnsitz oder Niederlassung haben.

Art. 1 schafft eine Art Unionsterritorium, so daß Vorschriften der einzelnen Staaten, welche den Unionsgrundsätzen zuwiderlaufen, als aufgehoben gelten. Vorbehalten sind nur Formvorschriften.

Daher bleibt zwar § 12 PatG. bestehen, da er lediglich Ordnungsvorschrift ist; dagegen muß § 16 Abs. 2 des Geschmacksmustergesetzes für die Unionsangehörigen als aufgehoben gelten, ebenso § 13 GebrMustG., § 23 Abs. 1 WZG. und § 16 UnlWG.

2. Lau, GewRschutz **03** 263—271: Art. 2 bedeutet nur, daß kein Staat die Angehörigen eines Unionsstaats schlechter stellen darf als seine eigenen Staatsangehörigen. Art. 3 räumt nicht mehr Rechte ein als Art. 2, sondern stellt nur diejenigen, die in einem Unionsstaat Wohnsitz oder Niederlassung haben, den Angehörigen gleich.

Solche Bestimmungen, welche für eigene und fremde Staatsangehörige gleichmäßig getroffen sind, stehen daher zu Artt. 2 u. 3 der Union nicht im Widerspruch.

3. PatA. PBl. **10** 326: Art. 2 stellt die Staatsangehörigen nicht besser im Verhältnis zu ihrem eigenen Staate, sondern nur im Verhältnis zu fremden Staaten.

Daher ersetzt Art. 2 nicht die in § 2 Abs. 2 PatG. vorgesehene Bekanntmachung des Reichskanzlers.

4. PatA. PBl. **10** 259: Melden mehrere an, so müssen die Voraussetzungen der Artt. 2 u. 3 in der Person aller vorliegen, und zwar schon zur Zeit der Anmeldung.

Art. 4. 1. Damme, GewRschutz **04** 112: Das Vorbenutzungsrecht wird durch die Prioritätsverlegung nicht berührt.

2. PatA. PBl. **10** 167: Die Priorität kann nicht auf ausländische Anmeldungen gestützt werden, die vor dem 1. Mai 1903 liegen.

Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen.

Vom 12. Mai 1894.

§ 1. 1. PA., PBl. **05** 30: Nicht eintragungsfähig sind Worte, die der zeichenrechtlichen Unterscheidungskraft entbehren (z. B. das Wort Arabeske).

PA., PBl. **02** 254 und GewRschutz **04** 158: Nicht eintragungsfähig sind kurslaufende Münzen, auch ausländische. Die Verwendung der Münze oder ihres Bildes erscheint zu anderen Zwecken als zu denen, die das öffentliche Recht festgesetzt hat, geeignet, Verwirrung zu erzeugen.

PA., (Bschw.) PBl. **05** 128—29: Nicht eintragungsfähig ist das Abbild einer bestimmten Ware als WZ. für diese selbst. Es darf durch die Eintragung eines Zeichens niemals behindert werden.

Viele Wortzeichen erfüllen nicht nur die Aufgabe, auf bestimmte geschäftliche Ursprungsstätten hinzuweisen, sondern auch eine Ware von bestimmter Beschaffenheit zu kennzeichnen. Es folgt aber daraus nicht, daß auch der Name solcher Ware zur Warenbezeichnung frei gebraucht werden dürfe.

2. Zeicheninhaber.

PA., PBl. **05** 13: Die Firma, für welche ein Zeichen eingetragen ist, besteht als Trägerin des Zeichenrechts fort, auch wenn sie den Zusatz G. m. b. H. erhalten hat.

Es bedarf keiner Umschreibung in der Rolle für die Wirksamkeit des von der geänderten Firma erhobenen Widerspruchs.

§ 2. PA. (Bschw.) PBl. **05** 105: Die Erneuerungsgebühr ist eine Schutzgebühr, keine Verfahrensgebühr. Sie ist daher zurückzuzahlen, wenn es zur Eintragung oder Erneuerung nicht kommt.

§ 4. I. Freizeichen.

1. PA. (Bschw.), PBl. **05** 13—14: Die Freizeichenbildung geschieht bei Worten meist in dem Sinne, daß diese durch den Verkehrsgebrauch zugleich eine beschreibende Bedeutung als Warenname, Sortenbezeichnung, Bestimmungsangabe oder dergl. erhalten. Doch können auch Worte, wie figürliche Marken Freizeichen werden, ohne eine beschreibende Nebenbedeutung zu erhalten („Singer" für Maschinennadeln).

Bei Personennamen geht die Freizeichenbildung im allgemeinen schwerer vor sich, als bei anderen Zeichen, weil der Anfang der Mitbenutzung nicht gutgläubig zu sein pflegt. Erleichtert wird die Freizeichenbildung bei einem Namen, der für verwandte Waren frei ist. Unzutreffend ist die Auffassung, daß ein Wort, das ursprünglich im Individualbesitz stand, nur dann zu einem Freizeichen werden kann, wenn es gleichzeitig den Namen einer bestimmten Ware darstellt.

2. Satter, Das Verhältnis des Freizeichens zum eingetragenen Zeichen, GewRschutz **03** 138—142: Die Eintragung eines Zeichens schließt die Freizeicheneigenschaft für die eingetragene Ware und die mit ihr gleichartige Ware aus.

Die Eintragung eines Zeichens ist zu versagen, wenn es für die angemeldete oder nur mit der angemeldeten Ware gleichartige Ware Freizeichen ist.

II. Ziff. 1. 1. PA., PBl. **05** 12: Nach feststehender Übung der Abteilungen für Warenzeichen werden die bloß aus Buchstaben bestehenden Zeichen auch dann von der Eintragung zurückgewiesen, wenn diese Buchstaben die Initialen der Firma des Anmelders darstellen; es sei denn, daß die Buchstaben durch das Zeichen & verbunden sind und dadurch für den Verkehr erkennbar gemacht ist, daß es sich um eine Firmenabkürzung handelt oder daß die Buchstaben ein Monogramm bilden.

PA., PBl. **05** 12: Die Worte „das Auge" auf Zeitschriften sind des Zeichenschutzes nicht fähig, weil es üblich ist, medizinische Spezialzeitschriften

ihrem Inhalte nach durch die Namhaftmachung des Organs zu bezeichnen, auf welches die Abhandlungen sich beziehen sollen, somit ein Bedürfnis besteht, das angemeldete Wort dem Verkehr zur freien Verwendung zu erhalten. Ob im einzelnen Falle diese Absicht der Verwendung vorliegt, ist unerheblich.

2. Diehl, Der Schutz des Warennamens in der chemischen Industrie, GewRschutz **04** 77—80, Häuer, ebendaselbst GewRschutz **04** 80—81: Ein Wort wird nicht dadurch zur Marke ungeeignet, weil es einen Hinweis auf einzelne Eigenschaften oder auf die Herstellungsweise oder auf die Verwendungsart der zu kennzeichnenden Ware enthält, sofern nicht infolge des Hinweises das Wort im Sinne der in Betracht kommenden Verkehrskreise sich als die notwendige oder doch selbstverständliche Sachbezeichnung darstellt.

Eine Wortmarke kann nicht dadurch ihre Bedeutung als Marke verlieren, daß sie in der wissenschaftlichen Literatur als Name für einen der Ware entsprechenden chemischen Körper gebraucht wird.

3. PA. (Bschw.), PBl. **05** Nr. 28: Ein als Beschaffenheits- oder Herkunftsangabe nicht eintragbares Wort verliert diese seine Eigenschaft nicht dadurch, daß der Anmelder durch die Art der Anbringung des Wortes in zusammengesetzten Zeichen oder auf andere Weise den Willen an den Tag legt, das Wort als Schlagwort zu gebrauchen. Der § 4 hält nicht bloß den Gebrauch nicht schutzfähiger Worte in ihrer beschreibenden Bedeutung frei — dies verfügt § 13 — sondern er hat die Tragweite, daß jene Worte schlechthin für Warenbezeichnungszwecke frei sind, daß insbesondere Gewerbetreibende, die die Kosten des Zeichenschutzes scheuen, sie ungehindert als Schlagworte führen dürfen.

4. **RG.** II, **56** 160—166, R. **04** 83 Nr. 413, GewRschutz **04** 275; vgl. auch PA. (Bschw.), PBl. **02** 231—32, GewRschutz **04** 347: Auch ein Familienname kann durch Übung und Gewöhnung des Verkehrs Gattungsbezeichnung für Ware von bestimmter Eigenschaft und damit Beschaffenheitsangabe werden. Das ist anzunehmen, wenn der Verkehr sich daran gewöhnt hat, unter dieser Bezeichnung lediglich eine besonders geartete Ware ohne Rücksicht auf ein bestimmtes Geschäft oder Ursprungsstätte zu verstehen.

Eine Beschaffenheitsangabe ist nicht nur dann anzunehmen, wenn aus dem fraglichen Worte sich unmittelbar eine sprachliche Beziehung zu der betreffenden Ware ergibt; sie kann auch dadurch begründet werden, daß entweder im Verkehr einem bereits bekannten Ausdruck eine neue, sich gerade auf die Beschaffenheit einer bestimmten Ware beziehende Bedeutung beigelegt oder daß ein ganz neues Wort im Verkehre gebraucht wird, um dadurch die Beschaffenheit einer Ware zu bezeichnen.

5. PA. (Bschw.), PBl. **01** 248—49, GewRschutz **04** 316—17: Flußnamen sind in der Regel als eintragungsfähig zu behandeln. Der Name „Rhein" jedoch ist hiervon auszunehmen, da sich an ihn die Vorstellung eines großen geographischen Gebiets knüpft, wie denn das Wort „Rhein" in manchen Redewendungen statt des Wortes „Rheinland" gebraucht wird. Daher kann das Wort „Rhein" nicht einem einzelnen Gewerbetreibenden zum ausschließlichen Gebrauch geschützt werden.

PA., PBl. **05** 12: Flußnamen gelten in der Regel für eintragbar; ob sie als ernsthafte Angaben über den Ort der Herstellung anzusehen sind, bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen des einzelnen Falles.

6. PA., PBl. **05** 12—13: Die Anhängung der Silbe „chen" genügt in manchen Fällen, um aus einer nicht schutzfähigen Beschaffenheitsangabe ein eintragungsfähiges Zeichen zu machen. Der freie Verkehr, dem das Wort selbst erhalten bleibt, ist an der Eintragung mit der Verkleinerungssilbe nicht interessirt.

(Dies schließt aber die Übereinstimmung im Widerspruchsverfahren nicht aus; vgl. zu § 20).

7. PA. (Bschw.), PBl. 05 113: Auch Angaben über die Herkunft aus Landstrich, Provinzen und dergl. sind als Wortzeichen gemäß § 4 Ziff. 1 des Warenbezeichnungsgesetzes unzulässig. Ob die Angabe für den Betrieb des in H. wohnhaften Zeicheninhabers überdies noch irreführend ist (§ 4 Ziff. 3 a. a. O.), bedarf keiner besonderen Feststellung.

8. Die Beschwerdeabteilung I steht auf dem Standpunkt, daß im Interesse der Sicherung des Zeichenverkehrs ein eingetragenes Zeichen nicht ohne Not gelöscht werden soll (vgl. PA. vom 24. 4. 03, PBl. 03 152). Ebenso widerspricht es aber dem Verkehrsinteresse, wenn ein als unzulässig abgelehntes Zeichen demnächst für einen anderen eingetragen wird. Denn vielfach läßt sich der frühere Anmelder durch die Abweisung nicht abhalten, das Zeichen ungeschützt zu führen, oder als Inschrift auf seinen Etiketten zu verwenden. Unter Umständen kann sogar ein abgewiesenes Wortzeichen durch Führung und Reklame den Ausstattungsschutz erlangen (vgl. RG. 4. 4. 02, PBl. 02 200).

Für den Abgewiesenen bedeutet es also oft eine größere Schädigung, wenn die Auffassung des Patentamts im Sinne der Eintragsfähigkeit des betreffenden Zeichens wechselt. In Fällen solcher Art erfordert es gerade die Sicherheit des Zeichenverkehrs, daß das im Widerspruch mit einer früheren Stellungnahme für die gleichen Waren ohne zureichende Begründung eingetragene Zeichen alsbald gelöscht werde.

Die Gesetzgebung steht auf dem Standpunkt, daß irreführende Zeichen zwar nicht mit einem gesetzlichen Ausschließungsrecht umkleidet werden sollen, daß aber gegen ihre Führung — sofern nicht unlauterer Wettbewerb, Betrug oder dergl. vorliegt — nicht eingeschritten wird.

Vgl. hierzu Finger, Unlauterer Wettbewerb durch Warenzeichen, UnlW. 4 87—89.

III. Ziff. 3. 1. PA. (Bschw.), PBl. 01 249—50, GRschutz 04 274—75: Täuschungsgefahr wird begründet durch frei erfundene Namen, die eine Weinbergslage andeuten (z. B. Rüdesheimer Adlerturm), falls sie für Weine eingetragen werden sollen, und können daher nicht wie Phantasienamen behandelt werden.

PA., PBl. 02 254, GRschutz 04 348: Täuschungsgefahr wird begründet durch das Anbringen einer englischen Nationaldevise (old England for ever) auf einer Ware deutschen Ursprungs. Die Täuschungsgefahr wäre nur dann ausgeschlossen, wenn die Ware unmöglich aus England stammen könnte.

2. PA. (Bschw.) PBl. 03 231/2, GewRschutz. 04 347/8: Der Name eines Arztes als Aufschrift auf ein in einer Apotheke hergestelltes Arzneimittel wird regelmäßig so verstanden werden, daß das Mittel nach einem Rezept des betreffenden Arztes hergestellt wird.

Bei der Prüfung aus § 4 Ziff. 3 handelt es sich nicht um die Feststellung zeichenrechtlicher Befugnisse, sondern um die Würdigung der tatsächlichen Frage, ob ein Zeichen, wenn es für eine bestimmte Ware im Verkehr erscheint, den Beschauer zu unrichtiger Annahme verleitet.

3. PA., PBl. 05 127/8: Die Auffassung eines Wortzeichens als fremden Personennamen kann dadurch gerechtfertigt werden, daß es nach Art bekannter Familiennamen gebildet ist und eine der für diese in der betreffenden Sprache üblichen Endungen aufweist, wenn also die Worte sprachübliche Endungen, wie sie bei Eigennamen vorkommen, aufweisen, z. B. ides oder idis im Griechischen, aldi in Italien, iew, aww, akow im Russischen. Worte mit solchen Endungen werden also im Publikum als griechische, italienische, russische Eigennamen angesehen und können nicht als Phantasien gelten.

4. PA. (Bschw.) PBl. 05 129/31: Das Alter eines Erzeugnisses und seine Herkunft aus einer alten berühmten Werkstätte bildet eine den Wert der Erzeug-

nisse wesentlich erhöhende Eigenschaft. Daher liegt Täuschungsgefahr vor, wenn jemand das alte berühmte Zeichen eines aufgegebenen Unternehmens sich eintragen läßt.

Ob der Zeicheninhaber selbst nur täuschenden Gebrauch macht, ob Dritte es tun oder nicht, ist unerheblich. Es genügt, daß das Zeichen an sich die Gefahr der Täuschung begründet.

5. KG., PBl. **05** 135/6, PA. (Bschw.) PBl. **03** 155/6, **05** 131: Das Vorhandensein eines Familiennamens in einem Worte enthält nicht ohne weiteres die Angabe, daß ein Träger dieses Namens an der Herstellung der Ware persönlich beteiligt sei. Wenn eine Firma den Namen eines früheren Inhabers enthält, so ist dieser Name — als ein im Einklange mit den Verkehrsgewohnheiten der Firma entnommenes Schlagwort — nicht irreführend. Der Zustimmung eines Trägers dieses Namens bedarf es nicht.

Über Familiennamen als Gattungsbezeichnungen und Sachnamen vgl. Finger, Übertragung und Überlassung von Namen im geschäftlichen Verkehre, UnlW. 5 1—4.

Vgl. auch Brunstein, Die Reklame im Lichte des Rechtes, Wien 1904.

Über die Praxis des PA. zu § 4 vgl. Nanter, Warenzeicheneigenschaft und Ausstattungsschutz, GewRschutz **05** 8—15 (im wesentlichen de lege ferenda).

§ 5. PA., PBl. **05** 129: Für den Begriff der Gleichwertigkeit der Ware ist die Möglichkeit der Verwechselung der Ware gleichgültig.

Die Gefahr der Verwechselung kommt bei der Vergleichung der Zeichen als solcher in Frage (§ 20 des Ges. zum Schutze der Warenbezeichnungen), die Gleichartigkeit der Waren ist etwas hiervon völlig Verschiedenes. Entscheidend ist, ob die Waren nach ihrer wirtschaftlichen Verwendung einander so nahe stehen, daß ein Käufer, der ein Zeichen auf einer Ware gefunden hat und das gleiche oder ein verwechselbares Zeichen auf der anderen Ware zu sehen glaubt, zu der Annahme veranlaßt werden wird, daß beide Waren aus derselben Ursprungsstätte herrühren.

RG. II, PBl. **05** 210, JW. **05** 325 Ziff. 14: Für den Begriff der „Gleichwertigkeit", der in den §§ 5 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1, 12 Abs. 1 überall in demselben Sinne zu verstehen ist, ist das Hauptgewicht nicht darauf zu legen, ob die Waren sich durch Herstellung und Material unterscheiden, sondern ob die Möglichkeit einer Täuschung und Verwechselung im Verkehre gegeben ist.

§ 6. OLG. Köln, Puchelts Z. **33** 411/8, GewRschutz **04** 275/6: Abs. 2 bezieht sich nicht nur auf die Geltendmachung der aus einem privatrechtlichen Vertragsverhältnisse zwischen den Parteien herzuleitenden Ansprüche auf Eintragung. Das Gesetz zieht vielmehr nur die Schranke, daß es die Frage der Übereinstimmung der Zeichen von der Erörterung vor Gericht ausschließt. Man kann also namentlich geltend machen, daß der Widersprechende nicht die Priorität für sein Zeichen besitzen, oder daß er ungeachtet früherer Anmeldung die Eintragung des anderen Zeichens dulden müsse.

§ 7. **RG.** GewRschutz **04** 48/9: Falls ein Handelsgeschäft mit Firma übertragen ist, derjenige Zweig des Geschäfts, für welchen ein Zeichen eingetragen ist, aber nicht mitübertragen ist, so verbleibt das Warenzeichenrecht auf Grund der materiellen Rechtslage beim ursprünglichen Inhaber, während formell das Zeichen mit übergegangen ist und der Erwerber des Geschäfts nach außen als Inhaber des Zeichens erscheint. Die Beseitigung dieses mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange stehenden Zustandes kann der ursprüngliche Inhaber — nach Analogie des im § 894 BGB. für das Grundbuchrecht festgestellten, aber für ähnliche Rechtsverhältnisse sinngemäß in gleicher Weise zu-

treffenden Rechtsstandpunkts und mit der Klage auf Berichtigung der Zeichenrolle verlangen.

RG. II **56** 369/71 Nr. 90, JW. **04** 123 Ziff. 29: Das Gesetz will den Handel mit Warenzeichen, die vom Geschäftsbetriebe losgelöst sind, verhindern, da anderenfalls die Funktion des Warenzeichens, auf einen bestimmten Geschäftsbetrieb hinzuweisen, gefährdet wäre. Hieraus folgt, daß, wenn ein Warenzeichen ohne den Geschäftsbetrieb veräußert ist, nicht nur in Hinsicht des Zeichenrechts die Übertragung für den Erwerber rechtsunwirksam ist, sondern auch das Zeichen seine rechtliche Existenz verloren hat und weggefallen ist. Es erlangt auch seine Rechtswirksamkeit nicht etwa dadurch wieder, daß es auf denjenigen, der den Geschäftsbetrieb fortgesetzt hat, übertragen und umgeschrieben wird.

§ 8. 1. **RG.** JW. **03** Beil. 52, R. **03** 337 Nr. 1795: Die §§ 8, 9 erschöpfen die Löschungsgründe nicht, sondern führen nur die zeichenrechtlichen an, neben denen andere aus dem bürgerlichen Rechte bestehen können.

Die Eintragung verlangt das Namensgebrauchsrecht und rechtfertigt das Löschungsverlangen.

2. Abs. 2. a) Ziff. 1. PA. (Bschw.) PBl. **05** 104/5: Eine Erneuerungsanmeldung mit dem Antrage, die Erneuerung erst von einem späteren Tage, insbesondere erst vom Tage des Ablaufs der Schutzfrist gelten zu lassen, ist unstatthaft Eine beliebige Hinausschiebung der Wirkung einer mit öffentlichrechtlicher Wirkung ausgestatteten Erklärung ist nicht angängig.

b) Ziff. 2: **RG.** (Bschw.) PBl. **05** 172/3: Der Ausdruck „müssen" ist hier nicht gerade im Sinne der neueren Gesetzgebung betont.

Die Voraussetzung des § 8 liegt überall da nicht vor, wo die Frage der Schutzfähigkeit an sich zweifelhaft ist und dieser Zweifel früher im Sinne der Schutzfähigkeit gelöst wurde.

PA. (Bschw.), PBl. **03** 152, **05** 173, 174/5: Bei Wörtern zweifelhafter Schutzfähigkeit ist nicht ausgeschlossen, daß die Auffassung über die Schutzfähigkeit sich im Laufe der Zeit ändert. Diese Änderung kann zur Folge haben, daß ein früher für schutzfähig gehaltenes Wort später abgelehnt wird, nicht aber, daß die unter Geltung der älteren Auffassung eingetragenen, vielleicht sehr lang bestehenden und im Verkehre vorteilhaft eingeführten Zeichen gelöscht werden oder auch nur im Widerspruchsverfahren unbeachtet bleiben. Letzteres wäre für den Verkehr lästiger als der Fortbestand von Zeichen zweifelhafter Schutzfähigkeit.

3. Abs. 3. PA., PBl. **05** 246: Werden die Erneuerungs- und die Zuschlagsgebühr nicht innerhalb eines Monats nach Zustellung der Löschungsnachricht gezahlt, wird das Zeichen gelöscht. Ob die Zahlung aus Versehen nicht erfolgt ist, ist unerheblich. Es entscheidet lediglich, daß die Zahlung nicht geschehen ist.

4. Nanter, Besteht ein Benutzungszwang für Warenzeichen? GewRschutz **05** 192—196 ➳ sehr bedenklich! — Red. ⟵: § 8 WZG. in Verbindung mit § 226 BGB. statuiert einen Benutzungszwang für Warenzeichen, wenngleich dies im Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochen ist.

Dagegen Heinemann, Defensivzeichen und Überlastung der Warenzeichenrolle GewRschutz **05** 258/60.

§ 9. Ziff. 2. KG., GewRschutz **04** 49: Es ist nicht erforderlich, daß der Zeicheninhaber genau dieselben Waren weiterführt; in dem Vertrieb einer anderen Ware ist eine Aufgabe des Geschäftsbetriebs jedenfalls dann nicht zu sehen, wenn der Geschäftsbetrieb hinsichtlich der Warengattung derselbe geblieben ist.

RG. JW. **05** 31 f. Ziff. 49: Für die Löschungsklage kommt es nur auf den Inhalt des Zeichens selbst an. Sonstige Ausstattung und Reklame für die durch das Warenzeichen geschützte Ware interessieren nicht.

LG. Hamburg, UnlW. **4** 101, 102: Die Klage auf Löschung eines Warenzeichens kann auch auf ein Vertragsverhältnis gestützt werden, gleichgültig, ob die Löschung ausdrücklich vereinbart ist oder nach Treu und Glauben verlangt werden kann.

§ 10. PA. (Bschw.) PBl. **05** 105—113 (in Abänderung der bisherigen ständigen Praxis des PA., welche das Beschwerderecht verneint; PA. (Bschw.) PBl. **05** 172): Unter Antrag im Sinne des Abs. 2 ist nicht bloß ein solches Gesuch zu verstehen, das an irgend einer Stelle des Gesetzes als „Antrag" bezeichnet ist. Dies ergibt sich schon daraus, daß der Anmelder als Beschwerdeführer nicht besonders genannt ist, wie im § 26 PatG. Auch der „Widersprechende", dem ein Beschwerderecht zusteht (vgl. PBl. **98** 159), ist nicht genannt, obwohl es nahe genug gelegen hätte, im § 10 Abs. 2 neben dem Widerspruch gegen die Löschung (§ 8) auch den Widerspruch gegen die Eintragung (§ 5) als Grundlage für eine Beschwerde anzuführen. Das Wort „Antrag" im § 10 umfaßt daher auch den Widerspruch des älteren Zeicheninhabers. Daß aber die Zurückweisung eines Antrags der Löschung trotz Widerspruchs noch besonders aufzuführen war, erklärt sich daraus, daß der rein negative Wunsch des Zeicheninhabers, es möge an Bestehendem nichts geändert werden, nicht unter den Begriff der Antragstellung zu bringen ist. Unter den Anträgen, gegen deren Zurückweisung Beschwerde zulässig ist, befinden sich daher auch solche, bei denen die beanspruchte Tätigkeit des PA. von Amts wegen auszuüben war.

Daher ist gegen einen Bescheid, durch den die Löschung eines Zeichens von Amts wegen abgelehnt wird, die Beschwerde zulässig.

PA. (Bschw.) PBl. **04** 200, **05** 131, 132: Gegen Beschlüsse der Beschwerdeabteilung ist ein weiteres Rechtsmittel nicht gegeben.

PA. (Bschw.) PBl. **05** 132: Eine unrichtige oder irrtümliche Begründung der Beschwerde kann dem Beschwerdeführer um so weniger nachteilig sein, als eine rechtliche Verpflichtung zur Begründung der Beschwerde nicht besteht.

PA. (Bschw.) PBl. **05** 234: Zwar verweist Abs. 1 im allgemeinen auf das für Patentangelegenheiten maßgebende Verfahren; indessen ist durch Abs. 2 die Beschwerde, insbes. gegen Zurückweisung von Anträgen jeder Art besonders geregelt. Danach gibt es nur befristete Beschwerde, so daß die Anwendung des § 16 PatG. entfällt.

PA. (Bschw.) PBl. **05** 234, 235: In allen Warenzeichensachen ist die Beschwerde gebührenpflichtig und gilt daher (gemäß § 26 PatG.) die Beschwerde als nicht erhoben, falls die Gebühr nicht gezahlt wird.

§ 12. 1. **RG.** JW. **03** Beil. 52, R. **04** 337 Nr. 1795: Wer berechtigt ist, eine Ware mit dem Namen des Erfinders zu benennen, hat darum noch nicht das Recht, sich diesen Namen als Warenzeichen eintragen zu lassen.

2. **RG.** I, **49** 101—103 Nr. 26, **RG.** II, **50** 229—232 Nr. 52, LG. Breslau, GewRSchutz **04** 99, 100: Jeder, der die Ware im freien Verkehr, auch durch Zwischenhändler erwirbt, ist befugt, die Ware mit dem auf ihr selbst oder ihrer Verpackung angebrachten Warenzeichen zu einem beliebigen Preise weiter in Verkehr zu bringen, auch in Ankündigungen darauf hinzuweisen, daß er echte, mit dem geschützten Zeichen versehene Waren vertreibe. Dagegen ist der Dritte nach dem zweifellosen Wortlaut des § 12 nicht befugt, auch das fremde Warenzeichen selbst auf Ankündigungen anzubringen und dadurch den Glauben zu erwecken, als sei er selbst der Inhaber des Zeichens oder als sei ihm von dem Schutzberechtigten das Recht zur Benutzung des Zeichens eingeräumt worden.

3. **RG.** (Strafs.) II, **37** 258—260 Nr. 81, PBl. **05** 134, 135: Unter „Anbringen" ist auch die gewerbliche Benutzung des vorher angebrachten Zeichens zu

verstehen. Das Wesentliche ist nicht das Versehen der Ware mit dem Zeichen, sondern die Herstellung der Beziehung der mit dem Zeichen versehenen Sache zu dem Angebot von Waren und diese Beziehung wird stets von neuem durch die Verwertung der Sache als Ankündigungsmittel hergestellt. Daher kann das Zeichenrecht selbst dann verletzt werden, wenn der Akt des Anbringens nicht rechtswidrig war.

RG. I, **49** 52—56 Nr. 14, UnlW. **04** 73, 74: An sich liegt in der bloßen Benennung der Ware keine „Anbringuug eines Zeichens".

4. **RG.** HansGerZ. **04** Hauptbl. 273 ff., R. **04** 486 Nr. 2066, GewRschutz **05** 60, 61, 95: Der Natur des absoluten Verbietungsrechts des Zeicheninhabers entspricht die Pflicht eines jeden Dritten, sich jedweder Verletzung dieses Rechtes, insbes. auch der Teilnahme an der Störung zu enthalten.

Der Unterlassungsanspruch ist daher gegeben nicht nur gegen den Störer selbst, sondern alle, die im bewußten und gewollten Zusammenwirken der Beeinträchtigung des Zeichenrechts sich schuldig gemacht haben, also namentlich auch gegen den Anstifter.

5. OLG. Jena, ThürBl. **49** 173 und GewRschutz **04** 348: Die Einrede der mangelnden Rechtsbeständigkeit eines Warenzeichens ist gegenüber der Klage wegen Verletzung des Zeichens unzulässig.

6. **RG.** (Straff.) **36** 87, 88 Nr. 33 u. PBl. **04** 23: Durch die Hinzufügung des Wortes „Umhüllung" sollte der Inhalt des Zeichenrechts erweitert werden, um zweifelsfrei klarzustellen, daß auch solche Behälter, die nur in vorübergehende Verbindung mit der Ware gebracht werden, nicht unbefugt mit dem Warenzeichen versehen werden dürfen.

7. Finger, Unlauterer Wettbewerb durch Warenzeichen, UnlW **4** 87: Auch das eingetragene Warenzeichen unterliegt hinsichtlich der Ausübung des fremden und absoluten Rechtes den allgemeinen Schranken, die das BGB. allen Rechten setzt, daher findet § 226 BGB. auf das Warenzeichen Anwendung.

8. Ephraim, Täuschungsgefahr bei Benutzung von Warenzeichen, UnlW. **4** 78, 79; Fuld, Negative Feststellungsklage bei eingetragenen Warenzeichen, GewRschutz **05** 18: Auch das eingetragene Warenzeichen unterliegt hinsichtlich der Ausübung den Bestimmungen des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Die erfolgte Eintragung schließt nicht aus, daß sich die Benutzung der Eintragung als unlauterer Wettbewerb darstellt. Dann ist trotz der erfolgten Eintragung die Verwendung des Warenzeichens zu verbieten.

Fuld a. a. O. 16—19: Zulässig ist die negative Feststellungsklage des Inhabers eines nicht eingetragenen Zeichens, daß Übereinstimmung mit einem eingetragenen Zeichen nicht vorliegt.

RG. JW. **05** 215, 216 Ziff. 25: Die Unterlassungsklage aus § 12 setzt ein Interesse an ihrer Erhebung voraus und ist darum nicht länger statthaft, als die Besorgnis einer Wiederholung der Störung dauert. Daraus folgt aber nicht, daß der Zeicheninhaber im Falle einer rechtswidrigen Benutzung des Zeichens den Nachweis führen müsse, daß eine weitere Störung noch zu besorgen ist. Sache des Gegners ist es vielmehr, zu beweisen, daß die Gefahr weiterer Störung nach den Umständen des Falles dauernd ausgeschlossen ist, sei es aus objektiven Gründen (z. B. Aufgabe des betr. Geschäftsbetriebs) oder durch eine unzweideutige Erklärung in Verbindung mit entsprechendem Verhalten. Ob die eine gewisse Zeit fortgesetzte Unterlassung der Benutzung eines Zeichens den Schluß rechtfertigt, daß eine dauernde Unterlassung mit Bestimmtheit zu erwarten steht, ist Sache tatsächlicher Beurteilung. Regelmäßig wird dem Interesse des Zeicheninhabers nicht mit einer bloßen Erklärung des Störers, sondern mit einer förmlichen Anerkennung im Prozeß gedient sein.

9. Abs. 2. **RG.** (Strafs.) **34** 275—279 Nr. 85, **RG.** GewRschutz **05** 240, UnlW. **4** 81—84: § 12 Abs. 2 hat eine zivilrechtliche Bedeutung: Die Löschung eines Warenzeichens hat in strafrechtlicher Hinsicht keine rückwirkende Kraft, daher auch keine Aussetzung des Verfahrens!

§ 13. **RG.** PBl. **05** 251, 252, UnlW. **4** 90—92: § 13 findet keine Anwendung bei willkürlicher Aneinanderreihung zweier Wörter, deren jedes für sich gemäß § 13 frei ist (Personenname und Beschaffenheitsangabe), sofern das hierdurch gebildete Ganze ein geschütztes Warenzeichen ist. Vgl. Wassermann, Unlauterer Wettbewerb unter dem Schutze des Markenrechts, GewRschutz **04** 63 bis 71; ders. Markenschutz und unlauterer Wettbewerb unter dem Recht des deutschen Reichs, ÖsterPBl. **04** 14—20 Nr. 18; M. Seligsohn, GewRschutz **05** 20.

RG. UnlW. **4** 80: Unter den § 13 fällt — von ganz besonders gearteten Ausnahmen abgesehen — nur eine solche Angabe, welche einen im Verkehr üblichen Namen für eine gewisse Art und Beschaffenheit von Waren darstellt, die aus verschiedenen Herstellungsorten stammen kann.

PA. (Bschw.) PBl. **05** 14: § 13 gibt nur ein Recht auf Benutzung der Firma, nicht ein Recht auf Eintragung, ohne Rücksicht auf Zeichen, welche mit der Angabe der Firma kollidieren.

RG. II, **56** 417—423 Nr. 102; JW. **04** 123, 124 Ziff. 30; **RG.** I, UnlW. **4** 96; JW. **05** 409 Ziff. 37; GewRschutz **05** 237, 238: Für die Abkürzung von Firmen sind nicht die Grundsätze anzuwenden, welche im rechtsgeschäftlichen Verkehr für den Gebrauch der Firma als Regel gelten; vielmehr genügt es nach dem Verkehrsbedürfnis und dem gesetzgeberischen Zweck des § 13, wenn aus dem wesentlichen Inhalt der Firma ein Schlagwort entnommen wird, welches als Abkürzung der Firma im Abnehmerkreise bekannt ist.

§ 14. 1. **RG.** (Strafs.) GRschutz **04** 101: Es ist kein Gebrauch eines Personennamens im Sinne des § 14, wenn jemand nur die Tatsache ankündigt, daß die von jedermann herstellbare Ware qualitativ gleicher oder ähnlicher Art sei wie eine unter einem bestimmten Personennamen im Verkehr bekannte Ware (à la Gilka).

RG. (Strafs.) JW. **04** 184 Ziff. 34: Nicht der Zweck, sondern die Art der Verwendung ist entscheidend für die Frage, ob ein unbefugter Gebrauch eines Warenzeichens vorliegt; es kommt insbes. darauf an, ob das Wort nach der Art seiner Darstellung und der Art seines Hervortretens als Warenzeichen erscheint.

2. **RG.** (Strafs.) PBl. **05** 148/9 und JW. **05** 351 Ziff. 4: § 14 setzt nicht voraus, daß das Feilhalten in der Absicht geschieht, den Erwerber über die Echtheit der Bezeichnung zu täuschen.

3. **RG.** (Strafs.) PBl. **05** 150: Wissentlichkeit liegt vor, wenn der Täter sich dessen bewußt ist, daß das benutzte Zeichen ein gesetzlich geschütztes ist und daß ihm das Recht zu einer Verwendung desselben nicht zusteht.

RG. (Strafs.) SeuffBl. **04** 383, GRschutz **05** 62: Zur Wissentlichkeit gehört das Bewußtsein des Täters, daß er sich des geschützten Zeichens (Namen, Firma) eines anderen bediene und Kenntnis von dem fehlenden eigenen Rechte zur Benutzung. War er der Ansicht, die Zeicheninhaberin habe nichts dagegen, so fehlt ihm das Bewußtsein des eigenen fehlenden Rechtes. Die Absicht der Täuschung gehört nicht zum Tatbestande des § 14.

4. **RG.** (Strafs.) JW. **05** 247 Ziff. 6: Jeder Dritte, der in Deutschland Waren mit einem für einen anderen geschützten WZ. versah, griff in die Rechte des Zeicheninhabers ein und erschöpfte — sofern die in Deutschland mit dem WZ. versehenen Waren überhaupt bestimmt waren, in Verkehr gesetzt zu werden — objektiv den Tatbestand des § 14, ohne daß es darauf ankommt, ob die Ware im In- oder Ausland in Verkehr gesetzt werden sollte und ob sie tatsächlich in Verkehr gesetzt wurde.

5. **RG.** (Strafs.) PBl. **05** 209, JW. **05** 551 Nr. 8: Die irrtümliche Annahme, daß Firmen- und Warenzeichen deshalb nicht mehr geschützt seien, weil der Inhaber der Firma gewechselt habe, oder weil das für die Firma eingetragene WZ. nicht ohne weiteres auf den derzeitigen Firmeninhaber übergegangen sei, ist ein Irrtum über das Strafgesetz und schließt daher die Strafbarkeit nicht aus.

6. **RG.** (Strafs.) JW. **04** 590 Ziff. 9: Dem Anbringen des WZ. auf Ankündigungen steht nicht nur die Anbringung in Ankündigungen gleich (PBl. 5 154), sondern auch die Anbringung als Ankündigung. Dieses Anbringen ist nicht lediglich die Tätigkeit, durch die das WZ. mit der Sache verbunden wird, sondern auch die gewerbliche Benutzung des vorher angebrachten Zeichens.

7. **RG.** (Strafs.) PBl. **05** 149—150: § 14 erfordert nicht den Nachweis der Absicht, die widerrechtlich gekennzeichnete Ware feilzuhalten. Es genügt, daß die so gekennzeichnete Ware im Geschäftslokal für das kaufende Publikum sichtbar aufgestellt ist und daß der Angeklagte sich dessen bewußt ist. Trifft dies zu, wird der Feilbietende dadurch, daß er selbst oder ein anderer, der die Ware mit dem Zeichen versehen hatte, in bezug auf dieses „Versehen" subjektiv entlastet ist, bezüglich des „Feilhaltens" nicht mitentschuldigt.

8. Versehen mit einem fremden Zeichen (s. auch zu § 12).

RG. (Strafs.) PBl. **05** 14/15: Der an sich widerrufliche Gebrauch eines fremden Wortzeichens zur Bezeichnung einer Arznei durch einen Apotheker wird nicht dadurch rechtmäßig, daß ein Arzt die von dem Apotheker hergestellte Ware zum Gebrauche des Heilmittels unter einem jenes WZ. enthaltenden Namen verordnet und der Apotheker nur in Gemäßheit des Erlasses des preuß. Ministers des geistl. Unterrichts und Medizinalangelegenheit v. 8. 5. 99 die ärztliche Verordnung abschreibt; denn dieser Erlaß kann nur von der Voraussetzung ausgegangen sein, daß durch die Anbringung der Bezeichnung nicht in fremde Rechte eingegriffen werde.

RG. (Strafs.) PBl. **05** 148/9 u. JW. **05** 351 Ziff. 14, GRschutz **05** 210: Ein wissentliches und widerrufliches Versehen einer Ware mit einem fremden Zeichen liegt selbst dann vor, wenn der Verkäufer dem Boten des Käufers erklärt, die Ware stamme nicht aus dem Betriebe, dessen WZ. das von dem Boten als Transportmittel mitgebrachte und vom Verkäufer als Verpackung benutzte Behältnis trägt.

RG. II **57** 327/8 Nr. 107, PBl. **05** 35: Die Bezeichnung von Verpackungs- und Umhüllungsmaterial fällt nicht unter § 14. § 14 ist nicht schon mit der eine Täuschung bezweckenden Anfertigung gegeben, sondern erst, wenn die mit dem Zeichen versehene Verpackung mit der Ware selbst in Verbindung gebracht wird. Bei Ankündigungen, Preislisten 2c. ist dagegen die räumliche Verbindung des Zeichens mit der zu schützenden Ware keine Voraussetzung der Strafbarkeit.

RG. (Strafs.) **36** 87/88 Nr. 333 u. PBl. **04** 23, **RG.** (Strafs.) PBl. **05** 148/9: § 14 setzt eine dauernde Verbindung der Ware mit der Umhüllung nicht voraus.

9. Schäfer, Zur Frage des Etikette- und Prägungsschutzes, GRschutz **04** 182 bis 184: Die Etikette und die Prägung auf Waren und deren Umhüllung stehen inhaltlich unter einem doppelten Schutze — dem der §§ 14—17 WZG. und §§ 1, 48 UnlWG.

10. **RG.** (Strafs.) **38** 321—326 Nr. 82, PBl. **05** 132—135, JW. **04** 501/2 Ziff. 33: Bei einer schuldhaften Handlung des Verletzers erscheint ein bes. weitgehendes Ermessen des Gerichts im Sinne des § 287 ZPO. gerechtfertigt.

Die Entschädigung muß den vollen wirklichen Schaden und entgangenen Gewinn umfassen, aber nicht eine unmittelbar auf Restitution der widerrechtlich gezogenen Vorteile gehende Verpflichtung, wenn auch das Maß dieser Vorteile

nach Umständen für die Beurteilung des entgangenen Gewinns von Bedeutung sein kann. Ein Anhalt für eine weitere Ausdehnung des Begriffs der Entschädigung läßt sich aus dem Gesetze nicht entnehmen.

Eine Pflicht zur Rechnungslegung und Auskunftserteilung (wie dies für das Patentrecht angenommen wurde) läßt sich nicht begründen. Besorgung fremder Geschäfte im Sinne des § 687 Abs. 2 BGB., §§ 228, 229, 256 ALR. I. 5 liegt nicht vor.

10. Strafantrag.

Über das Antragsrecht des gesetzlichen Vertreters vgl. u. Ziff. 2. zu § 23.

§ 15. **RG.** (Straff.) PBl. **05** 251: In dem Ausstattungsrecht aus § 15 kann nicht nur der verletzt werden, der die Ware herstellt, sondern auch eine andere Person, namentlich auch derjenige, welchem der Vertrieb der Ware für ein bestimmtes Gebiet übertragen ist. Daher ist auch ein solcher als Verletzter strafantragsberechtigt.

RG. UnlW. **4** 80: Der Ausstattungsschutz muß dem Warenzeichenschutz weichen.

RG. (Straff.) PBl. **05** 247—250, GRschutz **05** 240; UnlW. **4** 81—84: Der unter dem Schutze des § 15 stehende Besitz einer Ausstattung bildet kein rechtliches Hindernis für Dritte, ein im Rahmen dieser Ausstattung enthaltenes WZ. für gleichartige Waren eintragen zu lassen. Solange diese Eintragung besteht, muß das kollidierende Ausstattungsrecht weichen. A. M.: Finger, Unlauterer Wettbewerb durch WZ., UnlW. **4** 88.

RG. (Straff.) **47** 100—103 Nr. 22: § 15 gewährt kein Recht an der Ausstattung; letztere ist kein besonderes Genußgut; daher auch kein Anspruch auf Rechnungslegung. A. M.: Finger a. a. O., Seligsohn, Komm. (2) 209.

§ 16. 1. Finger, Der Einfluß der Union auf §§ 15, 16 WZG., GRschutz **04** 363/4 (eine Arbeit, die sich im wesentlichen mit dem Rechte des Unionsvertrags befaßt): Bei § 16 ist von einem Berechtigten nicht die Rede. Der Paragraph ist lediglich eine im öffentlichen Interesse am redlichen Wettbewerb und an der Nichttäuschung der Abnehmerkreise erlassene Strafbestimmung. Es ist daher gleichgültig, ob die Handlung in die Interessen von In- oder Ausländern fällt.

2. **RG.** (Straff.) GRschutz **05** 211, PBl. **04** 428, UnlW. **4** 38, **RG.** (Straff.) **37** 131 bis 139 Nr. 42: Ein Vergehen gegen § 16 kann auch durch Unterlassen begangen werden. Strafrechtlich haftet auch der Stellvertreter für die Nichterfüllung der seinem Auftraggeber gesetzlich obliegenden Verpflichtung.

3. **RG.** (Straff.) GoltdArch. **51** 176/7, GRschutz **05** 211/2: Zum Tatbestande des § 16 gehört nicht die Vermögensschädigung eines anderen oder die Absicht der Irrtumserregung. Es genügt, daß die Irrtumserregung stattgefunden hat.

4. Finger, Unl. Wettbewerb durch WZ., UnlW. **4** 88: Die Eintragung eines trügerischen WZ. schützt den Eingetragenen nicht vor der Strafe des § 16.

§ 17. **RG.** (Straff.) PBl. **05** 247—250, GRschutz **05** 240, UnlW. **4** 81. bis 84: § 17 setzt voraus, daß die ausländische Ware zur Zeit des Eingangs in Deutschland mit einem deutschen WZ. nach deutschem Rechte objektiv widerrechtlich versehen war. Ob das im Ausland erfolgte Versehen nach dortigem Rechte widerrechtlich ist, ist unerheblich. Auch subjektives Verschulden des Ausländers ist nicht erforderlich, da es sich nicht um dessen Person, sondern nur um die widerrechtlich bezeichnete Ware handelt.

§ 18. **RG.** (Straff.) **37** 400—401 Nr. 133, JW. **05** 351 Ziff. 5: Die Buße kann, soweit ein und derselbe schädigende Erfolg in Frage steht, nur durch eine einzige Summe Geldes zum Ausdrucke kommen, für die die Verurteilten als Gesamtschuldner haften. Unzulässig ist es, den Betrag desselben Schadens in

mehrere Bußen zu zerlegen und für die einzelnen Bußen verschiedene Verurteilte haften zu lassen.

§ 20. 1. **RG.** GRschutz **05** 243—244: Das WZG. enthält zwar auch einen Schutz des Publikums gegen Täuschung, will aber in erster Linie die Hersteller der Ware gegen unredlichen Wettbewerb schützen. Daher kommt für die Frage der Verwechselungsgefahr das zivilrechtliche Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer, insbes. die Untersuchungspflicht des Käufers nicht in Frage. Es kommt lediglich darauf an, ob für das Durchschnittspublikum die Verwechselungsgefahr tatsächlich besteht.

RG. JW. **05** 215 Nr. 25: Bei Beurteilung der Verwechselungsgefahr hat sich das Gericht in die Seele des Käufers zu versetzen, der weder veranlaßt, noch in der Lage ist, die beiden Zeichen durch Nebeneinanderhalten genau zu prüfen, vielmehr die Prüfung mit Rücksicht auf die durch die Eile des Verkehrs bedingte Raschheit ohne weitere gründliche Durchforschung etwaiger Erkenntnisquellen auf Grund der ihm aus Erinnerung oder aus Berichten anderer bekannten allgemeinen Umrisse vornehmen muß. Diese Auffassung ist die ständige des erkennenden Senats.

2. PA. (Bschw.), PBl. **03** 13, **05** 233, 234: Mit einem Wortzeichen, dessen Begriff durch verschiedene Darstellungen wiedergegeben werden kann, stimmen nur solche figürliche Darstellungen überein, für die das entgegenstehende Wort ohne unterscheidenden Zusatz üblicherweise verwendet wird.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 247, GRschutz **05** 95/6: Die Benutzung des einem WZ. zugrunde liegenden Motivs begründet an und für sich noch keine Zeichenverletzung.

PA. PBl. **05** 12/13: Im allgemeinen ist mit dem Schutze eines Wortes auch der Schutz desselben Wortes mit der Verkleinerungssilbe „chen" eingeschlossen, da Verwechselungen zu befürchten sind (z. B. Apfelgold — Apfelgoldchen).

3. **RG.** PBl. **05** 30—33 und GRschutz **05** 61/2, UnlW. **4** 5/6: Bei Prüfung der Verwechselungsgefahr ist nicht allein die äußere Erscheinung des Zeichens selbst zu berücksichtigen, sondern auch wesentlich der Eindruck, welchen das Zeichen nach den begleitenden Umständen, unter welchen sich sein Gebrauch im Verkehre vollzieht, hervorruft; als derartige begleitende Umstände kann die Firma, für welche die Zeichen verwendet, sowie die Möglichkeit in Betracht kommen, daß einzelne Teile der Warenumhüllung bei der Handhabung im Verkehre verdeckt werden.

RG. JW. **03** 105/6, GRschutz **04** 345/6: Bei Prüfung der Verwechselungsgefahr ist ein zusammengestelltes Bildzeichen in seiner Gesamterscheinung ins Auge zu fassen und zu prüfen, ob nach der in den beteiligten Verkehrskreisen herrschenden Anschauung einem Bestandteil des Bildzeichens eine solche ausschlaggebende Bedeutung beizulegen ist, daß hierdurch die Gesamterscheinung im Verkehr beherrscht wird.

4. PA. PBl. **05** 245: Zeichen, die aus einem Rufnamen bestehen, erscheinen in der Regel nur dann verwechselbar mit dem Zeichen, die denselben Rufnamen mit einem auf bestimmte, namentlich historische Personen hinweisenden Zusatze darstellen, wenn anzunehmen ist, daß der Verkehr schon den bloßen Rufnamen ohne Zusatz auf die betreffende bestimmte Person beziehen wird. „Louise" verwechselbar mit „Königin Louise".

PA. PBl. **05** 245/6: Während in der Regel ein aus einem Personennamen bestehendes Zeichen nicht für verwechselbar mit einem aus dem gleichen Personennamen und vorhergehenden Rufnamen bestehenden Zeichen zu erachten ist, stimmen

die Zeichen „Lessing" und „Gotthold Ephraim Lessing" überein, weil der Verkehr beide auf den Dichter Lessing beziehen wird.

PA. (Bschw.), PBl. **05** 207: Der Zusatz „der echte" zu einem Personennamen wirkt nicht unterscheidend gegenüber Zeichen, die aus demselben Namen bestehen, da er geeignet ist, auf alle Träger desselben Namens bezogen zu werden.

PA. (Bschw.), PBl. **05** 207: Im geschäftlichen Verkehr werden Personennamen wegen des vielfachen Vorkommens gleicher Namen an Besonderheiten unterschieden, die äußerlich nicht selten unbedeutend sind.

5. **RG.** PBl. **05** 203: Die Beurteilung der Verwechselungsgefahr ist im wesentlichen tatsächlicher, nicht rechtlicher Natur.

6. **RG.** PBl. **05** 235/6, UnlW. **5** 11: Wer vertragsmäßig anerkennt, daß sein Zeichen mit einem anderen „kollidiert", hat gemäß §§ 157, 142 BGB. nicht nur die Führung des bisherigen, sondern auch jedes mit diesem im wesentlichen gleichen Zeichens zu unterlassen. Hierbei ist § 20 anzuwenden.

7. Finger, Über Defensivbezeichnungen, UnlW. **4** 61—63, Heinemann, Defensivzeichen und Überlastung der Warenzeichenrolle, GRschutz **05** 258 bis 260: Defensivzeichen sind zulässig, d. h. solche Zeichen, die der Anmelder neben seinem Hauptzeichen nur anmeldet, um den Schutz nach allen Richtungen und gegen alle offenen und versteckten Nachahmungsversuche sicher zu stellen, im wesentlichen also Zeichen, die gemäß § 20 schon auf Grund des Hauptzeichens unterdrückt werden könnten, die aber gleichwohl eingetragen sind, um jeden Streit zu vermeiden und den Zeicheninhaber völlig sicherzustellen. A. M.: Panter, GRschutz **05** 194.

§ 23. 1. PA. GRschutz **04** 212: § 23 besagt nicht, daß der Heimatschutz lediglich zur Zeit der Anmeldung bestanden haben müsse. Aus der Behandlung, die das Gesetz den ausländischen Zeichen zuteil werden läßt, ergibt sich, daß der Schutz inländischer nur ein akzessorischer ist.

2. **RG.** JW. **04** 127 Ziff. 13: Als ein im Inlande bestellter Vertreter ist eine Person, die nicht Wohnsitz oder dauernden Aufenthalt im Inlande hat, nicht anzusehen.

Der Lauf der Strafantragsfrist beginnt für den Vertreter mit dem Tage, wo der Zeicheninhaber von der vollzogenen Handlung und der Person des Täters Kenntnis erlangt hat.

Der Strafantrag des nicht zur Vertretung Befugten vermag dadurch nicht wirksam zu werden, daß er nach Ablauf der Antragsfrist von dem gesetzentsprechend bestellten Vertreter genehmigt wird.

§ 24. **RG.** UnlW. **4** 102—104; JW. **05** 504—5 Ziff. 39: Die sog. „verkehrsbekannten Zeichen" und die älteren landesgesetzlich geschützt gewesenen Zeichen, wenn sie vor dem 1. 10. 75 zur Anmeldung in das Zeichenregister angemeldet worden sind, haben untereinander keinen Vorrang, stehen unter sich in der Priorität der Anmeldung gleich. Das Rangverhältnis ist in § 24 aufrecht erhalten. Die Vorschrift, daß die aus dem Zeichenregister zur Eintragung in die Zeichenrolle angemeldeten Zeichen mit der Anmeldung den Bestimmungen des neuen Gesetzes unterliegen, hat für die in die Zeichenregister eingetragen gewesenen „verkehrsbekannten" Zeichen die Bedeutung, daß bei ihnen das PA. zu prüfen hat, ob sie an sich als WZ. dienen können (namentlich gemäß § 4), während die auf Grund älteren landesgesetzlichen Schutzes in die Zeichenregister eingetragenen Zeichen ohne diese Prüfung des PA. einzutragen sind.

Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste.

Vom 9. Januar 1876.

§ 1. 1. Diefenbach, Welche Wirkungen sind von dem neuen Kunstschutzgesetze für das graphische Kunstgewerbe zu erwarten? GRschutz **04** 239: Das Gesetz schützt nicht nur die Meisterwerke großer Künstler, sondern jede formgebende geistige Tätigkeit, eine wertvolle Kunstleistung wird nicht verlangt.

2. LG. Hof, PBl. **02** 192: Als „Urheber" des Werkes gilt derjenige, aus dessen individueller geistiger Tätigkeit das Werk hervorgegangen ist, nicht aber der Besteller, der nur ganz im allgemeinen die Idee angegeben hat.

RG. JW. **05** 505: Die Urheberschaft liegt nicht nur in der Konzeption, es muß noch die technische Ausführung hinzukommen.

3. Cour d'appel de Paris, Puchelts Z. **31** 203/6, GRschutz **00** 203/6: Die Schutzfähigkeit von Theaterdekorationen ist zu bejahen. Sie bilden ein künstlerisches Werk, das sich mit einem Gemälde vergleichen läßt. Dasselbe gilt auch von der die Kostüme und die Gruppierung der Darstellenden in sich schließenden Inszenierung, deren allgemeiner Plan und geistige Schöpfung ein des Schutzes fähiges Geisteswerk sind. Vgl. aber OLG. Hamburg Straff., GRschutz **04** 187: Szenische Anordnungen (Bühnentricks) sind an sich des Urheberschutzes nicht fähig.

§ 3. Boethke, Architekt und Arbeiterversicherung, Deutsche Bauzeitung **05** 289/90: Die Architektur ist kein Gewerbe, sondern eine Kunst und wird auch im Recht als eine solche behandelt. Nur wo die Funktion des Architekten mit der des Unternehmers vereinigt ist, wird der Architekt zum Gewerbetreibenden. Dies äußert seine Wirkung bei der Gewerbesteuerpflicht, im Firmen-, im Versicherungsrecht und in allen sonstigen Rechtsmaterien.

§ 4. **RG.** GRschutz **00** 99: Das Gesetz will den Künstler gegen die Wiedergabe des Inhalts seines Werkes in der Formgebung schützen; es will aber nicht verhindern, daß der von einem Künstler dargestellte Vorgang von einem anderen Künstler in anderer selbständiger Form reproduziert wird. Dies ist auch die Absicht des § 4. Das Unterscheidungsmerkmal zwischen „Nachbildung" und „freier Benutzung" zur Hervorbringung eines neuen Werkes ist die Selbständigkeit des in letzterer hervortretenden künstlerischen Gedankens.

Diesen Standpunkt verficht auch analog die Praxis auf zeichenrechtlichem Gebiete.

§ 5. Meikel, Verbotene Nachbildung von Werken der bildenden Künste sowie von Mustern und Modellen trotz Genehmigung des Berechtigten, R. **05** 430: Falls der Berechtigte die „Genehmigung" zur Nachbildung zwar erteilt, zur Erteilung aber infolge Irrtums, arglistiger Täuschung oder Drohung bestimmt war, so kann die Genehmigung wie jede andere Willenserklärung angefochten werden. Solange die Anfechtung nicht erfolgt ist, besteht die Genehmigung zu Recht und die Nachbildung ist erlaubt. Ist aber die Anfechtung erfolgt, so ist die Genehmigung von Anfang an nichtig (§ 142 BGB.) und die auf Grund dieser Genehmigung hergestellte Nachbildung verboten. Wer die Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte, wird nach der Anfechtung so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit kannte oder kennen mußte (§ 142 Abs. 2 BGB.). Diese Grundsätze sind auch für die Strafbarkeit und Schadensersatzpflicht maßgebend.

§ 6. Ziff. 4. **RG.** SächsA. **12** 469/75, GRschutz **02** 296: Dafür, daß die Verbindung untrennbar sein müsse, bietet weder der Wortlaut noch

der Zweck des Gesetzes hinreichenden Anhalt. Eine bestimmte Form für die äußere Verbindung fordert das Gesetz nicht.

§ 7. Französische Praxis, DJZ. **99** 444: Nach französischer Auffassung ist die Frage, ob ein Werk der Kunst als solches oder als mittels „anderen Kunstverfahrens" im Sinne des § 7 hergestellt anzusehen ist und ihm demgemäß der internationale Rechtsschutz des Berner Übereinkommens v. 9. 9. 86 zukommt oder nicht, nicht nach dem Rechte des Ursprungslandes, sondern nach dem des Staates, in dem der Rechtsschutz verlangt wird, zu beurteilen.

§ 9. RG., R. **03** 558 Nr. 2896, GRschutz **04** 274: Eine Preisgabe des Urheberrechts ist nicht ohne weiteres darin zu erblicken, daß der Urheber von der Verletzung seiner subjektiven Rechte durch einen Dritten Kenntnis erhält, ohne einzuschreiten; vielmehr muß eine positive ausdrückliche oder stillschweigende, wörtliche oder tatsächliche Willenserklärung des Berechtigten gegenüber dem Einzelnen oder gegenüber dem Publikum hinzutreten, welche die Absicht des ganzen oder teilweisen Verzichts auf das Urheberrecht zum Ausdrucke bringt.

§ 14. 1. **RG.** (Straff.) **32** 147/49, GRschutz **00** 208/9, DJZ. **99** 362: Der beschränktere Schutz des § 14 tritt nur dann ein, wenn eine Nachbildung an einem Werke der Industrie mit Zustimmung des Inhabers wirklich erfolgt ist, nicht schon dann, wenn er erst seine Zustimmung zu einer solchen gegeben hat.

§ 14 setzt also voraus, daß das Kunstwerk wirklich als Muster und Modell verwendet ist; solange dies nicht geschehen, bleibt es nur Kunstwerk und genießt den vollen Schutz des Gesetzes v. 9. 1. 76. Mit dieser Ansicht stimmen auch die Motive überein.

2. P. Alexander-Katz, Kunstwerk und Industriewerke, DJZ. **03** 396/97: Entscheidend ist, ob die Nachbildungen ihrem Hauptzwecke nach als Kunstwerke anzusehen sind.

3. LG. I Berlin, GRschutz **03** 55/56: Das Auslegen einer Kunstbeilage zu einer illustrierten Zeitschrift macht das Kunstwerk noch nicht zu einem Reklameplakat für ein gewerbliches Unternehmen.

4. **RG.**, JW. **03** 222 Nr. 9, GRschutz **03** 254/5: Es wäre zu weit gegangen, wenn man den Satz aufstellen wollte, daß jede Reproduktion, die einen Hinweis auf ein gewerbliches Unternehmen enthält oder ein Anbieten von gewerblicher Ware und Leistungen, damit aufhört, ein Kunstwerk zu sein und als ein Werk der Industrie zu gelten hat.

Die Frage, ob ein Reklameplakat vorliegt, an dem das Werk nachgebildet ist, oder ob das letztere trotz der Anbringung des gewerblichen Vermerkes die Natur eines selbständigen Kunstwerkes beibehalten hat, ist nur im Einzelfalle zu entscheiden. Hierfür ist wesentlich, ob das künstlerische Moment in den Nachbildungen unbedingt vorwaltet.

§ 16. RG., JW. **05** 505: Für die Frage des „Verschuldens bzw. des „entschuldbaren Irrtums" ist es unerheblich, ob sich der Täter im unklaren darüber war, wem das Urheberrecht zustand.

§§ 17, 18. Historische Entwickelung.

RG., JW. **99** 235/36, GRschutz **00** 209: Der Schutz der nachbildenden Künste ist in Preußen älter als der der originalen künstlerischen Schöpfungen; schon ALR. I. 11 § 997 nennt Kupferstiche als Gegenstand des Verlagsrechts. Erst das preußische Gesetz v. 11. 6. 37 berücksichtigte allgemein die Urheber von Werken der bildenden Künste überhaupt. Daraus erklärt es sich, daß man bei Originalwerken eine Förmlichkeit für nötig hielt, da hierdurch der Urheber zu erkennen gab, daß er das ausschließliche Recht der Vervielfältigung in Anspruch nehme. Dies war aber bei nachbildenden Künsten selbstverständlich; daher hätten hier Förmlichkeiten keinen Sinn gehabt. Auf diese Erzeug-

nisse der nachbildenden Künste bezieht sich § 29 des preußischen Gesetzes, dessen Beschränkung auf die Zeit der Benutzbarkeit der Platte durch das Publikationspatent v. 16. 1. 46 beseitigt wurde.

Die danach zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes v. 9. 1. 76 noch bestehenden Rechte verwandelten sich gemäß §§ 17, 18 des Gesetzes in ein auch dieses Gesetz berührendes Urheberrecht.

Gesetz, betr. den Schutz der Photographieen gegen unbefugte Nachbildung.

Vom 10. Januar 1876.

§§ 1, 5, 16. **RG.** (Straff.) **31** 43, **33** 25, GewRschutz **00** 208: Auf die im Wege des Reproduktionsverfahrens hergestellten Photographien findet das Gesetz vom 10. 1. 76 gemäß § 1 Abs. 2 keine Anwendung, wohl aber sind Nachbildungen des Gemäldes, die mittelbar nach den photographischen Nachbildungen geschaffen werden, nach § 5 Nr. 2 des Ges. v. 9. 1. 76 (Kunstschutzgesetz) verboten, wenn sie in der Absicht hergestellt sind, sie ohne Genehmigung des Berechtigten zu vertreiben, und es ist nach § 18 der Veranstalter einer solchen Nachbildung strafbar, mag er vorsätzlich oder grobfahrlässig gehandelt haben.

§ 2. Schneickert, Der Schutz der Photographien und das Recht am eigenen Bilde, (1903), 36—41: Unter Verbreitung im Sinne des § 3 ist jede Überlassung zum entgeltlichen oder unentgeltlichen Eigentum oder Gebrauch oder auch zur bloßen Einsichtnahme zu verstehen; gleichgültig ist, ob sie gewerbsmäßig oder nicht gewerbsmäßig, öffentlich oder nicht öffentlich geschieht.

§ 4. Ansichtskarten (vgl. auch Ziff. 4 zu § 1 MustG.).

Die Photographie ist im allgemeinen schutzlos, soweit sie in Industrieerzeugnissen zur Nachbildung gelangt. Die Ansichtskarte ist Industrieerzeugnis. Daher ist die Nachbildung von Photographien gemäß § 4 des Gesetzes auf Ansichtskarten an sich erlaubt.

Das Bild muß aber mit der Karte ein einheitliches Ganze bilden und in dessen Bestimmungszweck so aufgehen, daß das Industrieerzeugnis gegenüber der Photographie seinen Charakter behalte.

Ist dies nicht der Fall und dient die Karte (unter Aufgabe des Bestimmungszwecks der Nachrichtenübermittelung) lediglich als unselbständiges Mittel zur Festhaltung und Verbreitung des Bildes, so findet § 4 keine Anwendung und die Nachbildung ist unerlaubt.

In diesem Sinne: **RG.** DJZ. **98** 166, **RG.** (Straff.) **31** 43—47 Nr. 16, **RG.** (Straff.) **32** 300—302, GRschutz **00** 208, **RG.** DJZ. **01** 50, **RG.** I, JW. **03** 139 Nr. 23, GRschutz **03** 254, **RG.** (Straff.) **25** 78—80 Nr. 30, JW. **03** 139 Nr. 22, **RG.** JW. **04** 126 Nr. 9, KG., PBl. **04** 303—304, Schneickert a. a. O. 41 ff., Magnus, Jurist. Ges. Berlin 14. 2. 03, Börsenbl. f. d. Dtsch. Buchhandel **01** 6687—88. Die Ansichtskartenindustrie und der neue Gesetzentwurf, Papierzeitung **04** Nr. 43, 44, Börsenbl. f. d. Dtsch. Buchhandel **04** 5198.

P. Alexander-Katz, Kunstwerk und Industriewerk, DJZ. **03** 396—97, will entscheiden lassen, ob der Hauptwert des Ganzen in der Nachbildung des photographischen Werkes liegt. Tritt hinter diesem Werte der Gebrauchswert zurück, so ist die Nachbildung verboten.

RG. (Straff.) **36** 11 Nr. 4, Stenglein, DJZ. **03** 329, Schneickert a. a. O. 63. Ansichtskarten unterliegen dem Preßgesetz.

§ 7. 1. Besteller.

RG. DJZ. **00** 482: Falls der Besteller der Photographie und die photographierte Person nicht identisch sind, erscheint als Besteller gesetzlich diejenige Person, welche im eigenen Namen einer anderen Person die Anfertigung eines photographischen Bildes aufträgt. Hierdurch wird zuweilen die photographierte Person schutzlos. Dies ist aber Sache des Gesetzes, welches der Richter nicht anders deuten kann.

RG. JW. **03** 222 Nr. 10: Auch in der Hand des Bestellers bleibt das Recht seinem Umfange nach das Recht des Verfertigers der Photographie und unterliegt dessen Beschränkungen, insbesondere denen des § 5 des Gesetzes.

2. Schneickert, Das Eigentum an der Negativplatte, Deutsche Photographenzeitung **02** 304 ff.; Ders., Der Schutz der Photographien und das Recht am eigenen Bilde, 68 ff., 91 ff.: Das Photographiegesetz gibt keine Handhabe zur Lösung der Frage, wem das Eigentumsrecht an der photographischen Negativplatte zusteht, ob dem Verfertiger oder dem Besteller. Es kommen also die Bestimmungen des BGB. über den Werkvertrag (§§ 631—651) zur Anwendung, da in der Bestellung eines photographischen Porträts, des „durch Arbeit herbeigeführten Erfolges" die Begriffsmerkmale des Werkvertrags liegen. Die Platte (das Negativ) wie die photographischen Chemikalien sind die zur Erzielung des Arbeitsproduktes unentbehrlichen Hilfsmittel und gehören daher dem Photographen.

Dazu Boethke, Gruchots Beitr. **48** 685: Das Eigentum des Photographen an der Negativplatte läßt sich nicht aus den Bestimmungen über den Werkvertrag herleiten.

3. Über die Behandlung des photographischen Urheberrechts in der Zwangsvollstreckung und im Konkurse vgl. Schneickert, Schutz der Photographien 92—95.

§ 8. Eine ausführliche Darstellung der Praxis zu diesem Paragraphen nebst Ausführungen de lege ferenda s. bei Schneickert, Schutz der Photographien 18—36.

§ 9. 1. **RG.** JW. **00** 376 Ziff. 20: Bei Verletzung des photographischen Urheberrechts steht der Strafrichter — wie sich aus § 19 des Urheberrechtsgesetzes ergibt — bezüglich Bemessung der Höhe der Buße vollkommen frei. Er hat nach freier Überzeugung unter Würdigung aller Umstände zu befinden und verletzt das Gesetz, wenn er bei Annahme der Existenz eines eingetretenen Schadens die Fixierung der Höhe von der Beibringung des erforderlichen Beweises durch den Nebenkläger abhängig macht.

2. Internationales Recht.

RG. (Strafs.) **35** 360—67 Nr. 132, JW. **03** 143 Nr. 39: Trotz Fehlens einer besonderen gesetzlichen Bestimmung besteht auch in Frankreich Photographieschutz. Das französische Gesetz von 1798 ist auch auf Photographien, die nicht jeden künstlerischen Wertes entbehren, anwendbar. Den französischen Photographien ist daher auf Grund der Berner Konvention in Deutschland Schutz zu gewähren.

Zu vergleichen auch: Osterrieth, Bemerkungen zum Entwurf eines Gesetzes betr. das Urheberrecht an Werken der Photographien (1903), 22 Anm. 7. Röthlisberger, Zeit- und Streitfragen betr. das Urheberrecht an Photographien, Börsenbl. f. d. Deutschen Buchhandel **01** Nr. 251—254.

Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen.

Vom 11. Januar 1876.

§ 1. 1. Nur für formschöpferische Erfindungsgedanken, nicht für solche aus technischen Gebieten, ist der Geschmacksmusterschutz gegeben. Zwei Bedingungen sind erforderlich:

a) eine Formenabbildung, die den Formensinn des Beschauers berührt;

b) daß diese Einwirkung auf den Formensinn eine eigentümliche, von den Einwirkungen früherer bekannter Abbildungen von Formelementen verschiedene ist. Sie muß sich als das Ergebnis einer originalen, formschöpferischen Kraft darstellen. **RG. 40** 101—116, **45** 59—60 Nr. 13, **49** 179—182 Nr. 43, JW. **02** 32, GRschutz **03** 52, **RG.**, PBl. **05** 203, **RG.** (Straff.) **36** 220—223 Nr. 80, PBl. **03** 171—172, KG. PBl. **04** 303—304.

2. **RG. 45** 59—62: Es beruht auf einer zu hoch gespannten Anforderung, wenn verlangt wird, daß das Muster geeignet sein müsse, das ästhetische Gefühl zu befriedigen; es reicht aus, wenn es bestimmt ist, auf den Formensinn einzuwirken.

3. Kohler, Koloritmuster und Naturnachahmung, AzivPr. **88** 268—289, **RG.**, DJZ. **04** 478 und PBl. **04** 224—226: Auch die Farbe ist des Geschmacksmusterschutzes fähig: der Bestimmung gemäß, auf den Geschmack zu wirken, ist prinzipiell nichts auszuschließen, was eine solche Wirkung hervorbringen kann. Gerade die Farbe bildet ein hervorragendes Kennzeichen der Form, d. h. der äußeren, sinnlich wahrnehmbaren Erscheinung eines Stoffmusters, z. B. eines solchen, welches als Vorbild in der der Mode unterworfenen Bekleidungsindustrie dienen soll.

4. KG., PBl. **04** 303, 304: Postkarten, die nur das photographische Bildnis einer Person tragen, sind nicht musterschutzfähig.

5. Schneickert, Der Schutz des Reproduktionsrechts, GRschutz **04** 46: Das Porträt eines Menschen kann prima facie nicht als „Muster" im Sinne des Musterschutzgesetzes bezeichnet werden. Doch ist es ausnahmsweise denkbar, daß ein Bild durch Verbindung mit anderweitigem figürlichen Schmuck als Bestandteil einer solchen zusammengesetzten Konfiguration musterschutzfähig werden kann. Dies setzt voraus, daß das Figurenwerk in seiner Gesamtheit die Hauptsache und das Bild nur einen Teil des Figurenwerks bildet.

6. **RG.** PBl. **05** 20/5, JW. **05** 441: Ein Verfahren kann nicht unter Geschmacksmusterschutz gestellt werden. Das Muster muß genügend bestimmt sein. Ein allgemeiner Gedanke (z. B. der Pflanzenfasern zum Zwecke des Geschmackseffekts, der die verschiedensten Variationen zuläßt, einen Filzstoff aufzupressen) ist nicht schutzfähig.

7. **RG.** R. **02** 270 Nr. 1370, GRschutz **03** 52.: Das Gebrauchsmustergesetz und das Geschmacksmustergesetz zielen beide auf den Schutz verschiedener Neuerungen hin, indem es dem einen um Gegenstände des Gebrauchs und um Fortschritte in der Erhöhung der Gebrauchsfähigkeit zu tun ist, während es sich für das andere um Einwirkung auf den Schönheitssinn handelt. Da nun aber ein und dieselbe Sache naturgemäß sehr wohl nach beiden Richtungen hin einen Fortschritt darstellen kann, so ist es nicht ausgeschlossen, daß derselbe Gegenstand in der einen Beziehung auf Geschmacksmusterschutz, in der anderen auf Gebrauchsmusterschutz Anspruch hat. Wird daher ein solcher Gegenstand zum Gebrauchsmusterschutz angemeldet, so kann diesem Umstande nicht die Tatsache entgegengehalten werden, daß auf ihn bereits ein Geschmacksmuster erteilt sei.

§ 3. Rehbein, BGB. II 410: Die Rechte aus Anmeldung und Erteilung von Geschmacksmustern gehören zu den „anderen Rechten“ des § 413 BGB.

§§ 4, 5. Eidgenöss. Bundesgericht, Revue der Gerichtspraxis im Gebiet des Bundeszivilrechts **15** Nr. 101, GRschutz **99** 280: ➳ da die Entscheidung in vortrefflicher Weise die allen Musterrechten (also auch dem deutschen Recht) zugrunde liegenden Prinzipien wiedergibt, ist sie hier aufgenommen. — Red. ⟵ Bei der Frage, ob eine unzulässige Nachahmung eines geschützten Musters vorliegt, kommt nicht bloß eine sklavische Nachahmung in Betracht, sondern es kommt darauf an, ob der Nachahmer einfach die gleichen ästhetischen Gedanken verwertet oder nur ein einzelnes Motiv in freier Weise zur Herstellung eines neuen Musters benutzt hat, so daß dieses Muster auf einem eigenen schöpferischen Gedanken beruht.

RG. (Straff.) **37** 158—160 Nr. 50: Der Tatbestand der strafbaren Nachbildung eines geschützten Musters wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Nachbildung in einem anderen Gewerbe und zu einem anderen Gebrauchszwecke stattfindet, z. B. um als Warenzeichen zu dienen.

RG. (Straff.) **33** 44—46 Nr. 17, 220—223 Nr. 80; **RG.** PBl. **01** 119, **RG.** SeuffBl. **67** 429, 430, GRschutz **03** 52, 53, 54, 55; PBl. **03** 171—173: Die Frage, ob eine Verletzung des Musterschutzes vorliegt, bestimmt sich nicht nach dem Vorhandensein einer Verwechselungsgefahr. Dieser für die Zulässigkeit von Warenzeichen (§ 20 des WarenZG.) wesentliche Gesichtspunkt bildet kein rechtliches Kriterium für den Begriff der Neuheit im Geschmacksmusterschutzrecht.

RG. (Straff.) **33** 43—46 Nr. 17; **RG.** PBl. **01** 119, 120; **RG.** PBl. **04** 224—226: Keine Verletzung liegt vor bei freierer Verwertung einzelner Motive, sofern sie zur Herstellung eines nach seiner Individualität originellen Musters dient, wenn ein in seiner charakteristischen Gesamtindividualität neues Muster oder Modell entsteht; wenn die Benutzung des alten Motives zur Entstehung einer neuen geistigen Schöpfung mittels Ausdrucks eines neuen und selbständigen „originalen“ ästhetischen Gedankens geführt hat.

Nur unter dieser Voraussetzung und nicht schon bei einer unselbständigen, im wesentlich mechanischen Bearbeitung ist die Nachbildung geschützter Motive erlaubt.

§ 5. 1. **RG.** (Straff.) **23** 92—97 Nr. 26, **37** 158—160 Nr. 50: Der Gebrauchszweck eines gewerblichen Erzeugnisses entscheidet nicht, ob die Entlehnung eines geschützten Musters zulässig ist. So ist die Nachbildung eines Musters für Papierwäsche in der Leinenwäschebranche, eines Musters für Kleiderstoffe in der Gardinenfabrikation unzulässig.

2. **RG. 45** 59—62 Nr. 13, JW. **00** 79 Ziff. 19: Die negatorische Klage gegen die Inhaber eines nicht zu Recht bestehenden Musters ist im Gesetze nicht erwähnt; ihre Berechtigung ergibt sich aus § 1 GewO. zwar nicht für jedermann, aber für den Konkurrenten, dessen Gewerbebetrieb schon dadurch beeinträchtigt ist, daß der Inhaber des Musters in seinen an die Öffentlichkeit gerichteten Mitteilungen ein Schutzrecht gegen die streitigen Muster in Anspruch nimmt, das ihm in Wahrheit nicht zusteht. Daneben bedarf es nicht des Nachweises noch anderer Handlungen, durch die speziell der Gewerbebetrieb des Klägers gestört worden wäre.

3. **RG.** (Straff.) **37** 158—160 Nr. 50, JW. **04** 479 Nr. 5, GRschutz **04** 348, PBl. **04** 271—272: Eine unstatthafte Nachbildung liegt auch dann vor, wenn jemand zwar das plastische Muster nicht unmittelbar nachbildet, wohl aber ein Werkzeug (z. B. Prägewalzen) anfertigt, welche die Nachbildung des geschützten Musters unmittelbar ermöglichen, und wenn er diese einem Dritten, von dem er weiß, daß er sich mit einer solchen Absicht trägt, übergibt.

Über die Folgen der Anfechtbarkeit der Genehmigung im Sinne des § 5 vgl. unter KunstUrhGes. zu § 5.

§ 6. Ziff. 2. Drathen, Vorschläge zur Verbesserung des Rechtsschutzes für die angewandte Kunst, GRschutz **04** 236 (eine Arbeit, die sich im wesentlichen mit der Frage de lege ferenda befaßt): Das Musterschutzgesetz schützt im Muster nur das Flächenerzeugnis, also die Zeichnung, dagegen wird nicht geschützt das Verfahren, wie die Zeichnung durch den Stoff wiedergegeben wird. Darauf kommt es aber im Kunstgewerbe gerade an; insbesondere ist dies der Fall in der Textilindustrie.

RG. I PBl. **04** 365/6: Der I. Zivils. des RG. kann an seiner früheren Auffassung, daß den Erzeugnissen der Schriftgießerei sowohl der Schutz für Flächenmuster als der Schutz für plastische Erzeugnisse elektiv zukomme (**RG. 14** 46—76) nicht mehr festhalten. Bei einer Schrift wird das ästhetische Gefühl nicht durch Anschauung der Stempel, Matrizen, Typen befriedigt, sondern durch den Druck selbst.

§ 7. 1. **RG.** JW. **02** 32, GRschutz **03** 53: Falls nicht ein Exemplar oder eine Abbildung des Musters hinterlegt ist, kann die Eintragung in das Musterregister keinen gültigen Schutztitel erzeugen.

2. OLG. Stuttgart, WürttJ. **16** 199—203, GRschutz **04** 345: Ein Musterschutz, der bei einem nicht zuständigen Gericht erwirkt ist, entbehrt der Rechtsbeständigkeit.

3. Abs. 2. a) **RG.** PBl. **01** 150/1, **RG.** (Straff.) **36** 431—434 Nr. 142, GRschutz **04** 23, PBl. **04** 244/5: Für den Begriff einer die Neuheit hindernden „Verbreitung" kann unter Umständen schon die Zugänglichmachung an eine einzige Person genügen, ebenso eine Mitteilung zum Zwecke bloßer Einsichtnahme. Doch ist erforderlich, daß ein Erzeugnis in Verkehr gebracht und anderen zugänglich gemacht ist; nicht aber reicht es aus, wenn der Gegenstand nur den Reisenden mitgegeben wird, damit die Kunden ihn besichtigen und prüfen, ob sie demnächst die Ware zu beziehen wünschten.

b) **RG.** DJZ. **99** 114: Die Vorlage von Mustern gilt nicht als Verbreitung, wenn auch die Hinausgabe fertiger Waren an eine Person als solche gelten kann.

§ 8. **RG. 46** 93—97 Nr. 26, JW. **00** 531, PBl. **00** 271: Eine Verlängerung der Frist bis zu drei Jahren kann bis zu deren Ablauf verlangt werden. Dagegen ist im Interesse der Behörde eine Ausdehnung der Schutzfrist auf mehr als 3 Jahre, wenn sie nicht schon bei der Anmeldung beantragt ist, nur bei Ablauf der dreijährigen Schutzfrist zulässig. Hat also jemand bei der Anmeldung eine sechsjährige Schutzfrist eintragen lassen, so hat er nicht das Recht, bei Ablauf der Frist eine Ausdehnung zu verlangen. Die dennoch erfolgte Eintragung einer Verlängerung ist ohne rechtliche Wirkung.

§ 12. BayObLG., GRschutz **03** 87—88: Der Hinterleger eines Musters oder Modells schließt mit dem Staate nicht einen privatrechtlichen Vertrag, sondern macht von einer staatlichen Einrichtung Gebrauch. Das durch die Anmeldung begründete Rechtsverhältnis gehört dem öffentlichen Rechte an und unterliegt nicht den Vorschriften des BGB.

Die Gebührenfrage bemißt sich daher lediglich nach dem Ges. v. 11. 1. 76 und abweichende Vereinbarungen sind ausgeschlossen. Die Gebühr soll nach den Motiven keine Einnahmequelle bilden, sondern eine Entschädigung für die Mühewaltung bei Eintragung, Niederlegung und Aufbewahrung des Musters.

§ 14. 1. OLG. Dresden, PBl. **7** 147/8, GRschutz **03** 53: Der Klage auf Entschädigung braucht nicht die Aufforderung zur Unterlassung voraufgehen.

Wo die Störung des fremden Rechtes in einem Zuwiderhandeln gegen eine Unterlassungspflicht besteht, wird der rechtswidrige Zustand nicht ohne weiteres dadurch beseitigt, daß der Zuwiderhandelnde dem Berechtigten erklärt, sich künftiger Eingriffe enthalten zu wollen. Bei dem Wankelmut menschlicher Entschlüsse besteht die Gefahr weiterer Störung fort. Hiergegen kann der Berechtigte nur durch ein richterliches Verbot geschützt werden.

Verschuldung ist gleichgültig; auch im § 93 ZPO. hat der Gesetzgeber absichtlich nicht von Verschuldung, sondern von Veranlassung gesprochen.

LG. I Berlin, R. **01** 359 Nr. 1392, GRschutz **03** 53—54: Auch die Einholung eines außergerichtlichen Gutachtens kann für die Verteidigung des wegen Musterschutzverletzung Verklagten zweckentsprechend sein. Die Kosten desselben sind also dann gemäß § 91 ZPO. zu erstatten.

2. **RG.** DJZ. **01** 98, UnlW. **1** 6—7, Finger, Sind Woll- und Baumwollmuster ein schutzberechtigtes Fabrikgeheimnis? UnlW. **1** 5—7: Für den Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ist das Ges. v. 11. 1. 76 ohne Bedeutung. Das Gesetz bestraft nur die Nachbildung der Muster und Modelle, nicht auch den Verrat und die Verwertung und weitere Mitteilung. So tritt z. B. diese Ergänzung des Schutzes durch das Wettbewerbsgesetz ein, wenn der Hersteller kein Interesse mehr an der Anmeldung hat. Die Nichtbenutzung des Ges. v. 11. 1. 76 ist für §§ 9, 10 UnlWG. nicht schädlich.

§ 16. OLG. Stuttgart, GRschutz **04** 345: Das Gesetz findet auf Muster inländischer und ausländischer Urheber nur Anwendung, wenn die danach hergestellten Erzeugnisse im Inlande verfertigt sind.

Die Bestimmung des Art. 1 des deutsch-österreichischen Staatsvertrags v. 6. 12. 91 ist nicht so aufzufassen, als wenn dem deutschen Inlande das österreichisch-ungarische Gebiet gleichgestellt wäre.

Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst.

Vom 19. Juni 1901.

§ 1. 1. Fels, Die Bestrafung des Hervorrufens von Verwechselungen, GRschutz **02** 325: Bei dem literarischen, künstlerischen, photographischen Urheberrecht (ebenso wie beim Patent-Musterrecht und beim Wettbewerbsgesetz) ist es nicht das Interesse des Konsumenten, welches geschützt werden soll, sondern das des Verfügungsberechtigten. Wenn auch der diesem gewährte Schutz mittelbar dem konsumierenden Publikum zugute kommt, so ändert dies nichts an der Tatsache, daß das geschützte Rechtsgut nicht das Vermögensinteresse des Käufers, sondern lediglich das Individualrecht des Verfügungsberechtigten ist.

2. Fels, Der Gedankendiebstahl, GRschutz **04** 137—141: Der Ideendiebstahl auf dem Gebiet des geistigen und künstlerischen Urheberrechts kann (auch mittels Verwertung des § 826 BGB.) nicht verfolgt werden.

3. Vor Überspannung des Autorrechtsschutzes („literarischer Nervosität") warnt Meili, Der internationale Geist in der Jurisprudenz Zürich (1897) (vgl. 13, 14), ders., Der Kampf um das Autorrecht an 2 Rechenbüchern für Schulen (GRschutz **99** 326— 334).

4. Schneickert, Der Schutz der Photographien und das Recht am eigenen Bilde 1—9 (mit teilweise recht anfechtbarer Begründung!): Das Urheberrecht ist in der Hauptsache als ein „Vermögensrecht" anzusehen.

Es ist weder begriffliche noch gesetzliche Voraussetzung der Schutzfähigkeit, das das Schriftwerk einen wissenschaftlichen, künstlerischen oder gewerblichen Wert

hat. Auch die Auffassung, daß die Schutzberechtigung durch Verlagsfähigkeit bedingt sei, ruft Bedenken hervor.

OLG. Hamburg, HansGerZ. **97** Hauptbl. Nr. 41, GRschutz **99** 85, 86: Maßgebend ist, ob ein literarisches Erzeugnis aus einem eigenartigen Innenleben geboren ist, sich als Ausfluß individueller geistiger Tätigkeit darstellt.

5. Paech, Der zivilistische Titeldiebstahl, GRschutz **02** 272—279; Fischer, Zur Neuregelung des Nachdrucks- und Verlagsrechts im Zeitungswesen in der Festgabe für Wilke (Berlin 1900) 91—99: Der Schriftwerkstitel kann Urheberschutz wie jedes andere Schriftwerk genießen, nämlich insoweit er auf die Qualität einer schutzberechtigten geistigen Schöpfung Anspruch erheben kann. Im Falle der Bearbeitung des Schriftwerks bleibt der geschützte Titel stets geschützt, selbst wenn die Bearbeitung eine gesetzlich zulässige war. Eine besondere gesetzliche Bestimmung fehlt allerdings noch. Der Schutz der Zeitungstitel rechtfertigt sich ferner noch aus § 8 des UnlWG., §§ 12, 823, 826 BGB. Die Anwendung des Warenzeichengesetzes ist dagegen bedenklich.

Dagegen Schäfer, Gewährt das Urheberrechtsgesetz einen Schutz gegen unbefugte Titelentnahme? GRschutz **03** 9—11: Der Urheberrechtsschutz des Titels ist im Gesetz gewährleistet: Die eigenmächtige Entnahme des Titels aus einem fremden Werk stellt sich nach geltendem Urheberrecht als verbotener Eingriff in das Werk bzw. in die Rechte des Urhebers dar; es wird ein mehr oder weniger wesentlicher Bestandteil des Werkes, dessen ausschließliche Benutzung dem Autor zustand, seiner urheberrechtlichen Interessensphäre entnommen. Einer ausdrücklichen Bestimmung im Gesetz bedurfte es nicht, um diesen Schutz zu statuieren.

6. **RG.** (Straff.) **33** 129—131 Nr. 40, **34** 431 ff., GRschutz **00** 206, **02** 291, JW. **02** 305 Nr. 5, OLG. Hamburg, GoltdA. **48** 373, 374: Abbildungen in Geschäftskatalogen, Preisverzeichnissen usw. genießen Urheberrechtsschutz nur dann, sofern sie sich als Produkte eigener individueller geistiger Tätigkeit des Urhebers darstellen, und ihnen objektiv die Eigenschaft „eine Belehrung zu bieten" innewohnt.

Der Umstand, daß die Zeichnungen Maschinen darstellen, welche keinen Patentschutz genießen, also in jeder Maschinenfabrik hergestellt werden können und sonach Gemeingut der Industrie sind, vermag den Abbildungen den Schutz des Urheberrechtsgesetzes nicht zu entziehen.

Die Grenzen sind fließend und stets unter Berücksichtigung des einzelnen Falles zu ziehen.

➻ Die Entscheidungen sind für das Gesetz vom 11. Juni 1870 ergangen, doch treffen die Gesichtspunkte auch für das Gesetz vom 19. Juni 1901 zu. — Red. ⟵

7. Funk, Sind Kataloge, Warenverzeichnisse usw. und die darin enthaltenen Abbildungen gewerblicher Gegenstände schutzfähig? GRschutz **02** 12—17, bekämpft das Erfordernis der „Belehrung"; es komme nur darauf an, ob eigene geistige Tätigkeit aufgewendet sei. Vgl. Cahn, Der urheberrechtliche Schutz der Fabrikkataloge (Nürnberg 1903); Fuld, Der Schutz von Preisverzeichnissen, GRschutz **03** 271.

8. OLG. Hamburg, GoltdA. **48** 373—74, GRschutz **02** 291: Soll ein Schriftwerk geeignet sein, Gegenstand eines Nachdrucks zu werden, so muß in demselben ein eigentümlicher Gedanke zum Ausdruck kommen, nicht aber darf sich der Inhalt darauf beschränken, lediglich Tatsachen aufzustellen, wenn auch unter Anordnung von bestimmten Gesichtspunkten (daher sind Preisverzeichnisse, Brancheverzeichnisse in der Regel schutzlos).

GRschutz **02** 291 Anm. 1: Daher sind auch Theaterzettel nicht nachdrucksfähige Schriftwerke.

§§ 1, 7. 1. SächsOLG. **20** 115—117, GRschutz **99** 308: Eine Sammlung humoristischer Vorträge kann zu einem eigentümlichen literarischen Zweck veranstaltet angesehen werden und deshalb als Nachdruck nicht gelten.

2. **RG.** JW. **03** 227 Nr. 31, R. **03** 23 Nr. 155: Ein Adreßbuch ist als ein gegen Nachdruck geschütztes Schriftwerk nur insoweit anzusehen, als es sich als das Erzeugnis einer individuellen geistigen Tätigkeit seines Urhebers darstellt; die schaffende Tätigkeit kann sich auch in der bloßen Formgebung, Einteilung und Ordnung eines bereits vorhandenen Materials äußern.

RG. (Straff.) **37** 294—97 Nr. 95: Auch in Zusammenstellungen statistischer und ähnlicher Art, die nicht rein mechanisch sind, sondern Gedankenarbeit erfordern, liegt eine geistige Arbeit, die durch das Urheberrecht geschützt ist.

3. Cour de Paris, Annaire de la propriété industrielle **99** 194—96, GRschutz **00** 211: Ein Buch, welches lediglich die Namen der Eigentümer von Grundstücken und die nähere Bezeichnung dieser letzteren enthält, ist nicht fähig, Objekt des literarischen Urheberrechts zu sein. Nachdruck daher erlaubt; gegen Nachahmung von Ausstattung und Titel schützt die Wettbewerbsklage.

Cour de Nancy das. 196, GRschutz **00** 211 (vgl. auch Jürgensohn, „Eine empfindliche Lücke im Urheberrecht", GRschutz **04** 177—78): Dasselbe gilt von einem Kursbuch.

OLG. Hamburg, OLG. **4** 242, GRschutz **02** 294—95: Dasselbe gilt von Rennberichten; doch kann ein an sich nicht verbotener Nachdruck als Verstoß gegen die guten Sitten ausgelegt werden.

SächsOLG. **20** 111—115, GRschutz **99** 307—08: Ein Alphabet ist kein Schriftwerk im Sinne des Gesetzes.

4. **RG.** (Straff.) **35** 328—330, GRschutz **03** 325—26: Es ist kein Grund erfindlich, aus dem das Gesetz Abbildungen, die an sich schutzberechtigt sind, nur deshalb ausschließen wollte, weil sie lediglich von vorübergehendem Werte oder Interesse sind. Auch an das Schriftwerk ist eine solche Anforderung nicht zu stellen.

5. Maisch, Das Recht zum Stenographieren und das Recht am Stenographierten, Abhandlungen zum Schweizer Recht, Bern 1904: Der Stenograph hat Urheberrecht am Stenogramm wie an der Übertragung.

6. Damme, Über den Rechtsschutz der dem Patentamt und den Musterregisterbehörden beigegebenen Beschreibungen, Zeichnungen und Modelle, Gruchots Beitr. **46** 601—626 (über dieselbe Frage vom Standpunkt des Entwurfs zu diesem Gesetz vgl. P. Alexander-Katz: Ist die Vervielfältigung der Beilagen der ausgelegten Patentanmeldungen, der Gebrauchsmuster- und der Warenzeichenanmeldung nach dem Entwurfe des Urheberrechtsgesetzes gestattet? GRschutz **01** 89—94): Die Patentanmeldung ist im Gegensatze zu der herrschenden Meinung kein individuelles Geisteswerk im Sinne des literarischen Urheberrechts, da sie bestimmungsgemäß nicht durch ihre Form die Individualität ihres Urhebers, sondern lediglich den Inhalt einer rechtserheblichen Tatsache wiedergibt, und ist daher mit ihren Anlagen des Urheberrechtsschutzes nicht fähig. Daher ist weder das Patentamt noch ein Dritter kraft Urheberrechts gehindert, die Patentanmeldungen und die ihnen beigegebenen Zeichnungen zu vervielfältigen und zu verbreiten.

Wer eine Patentanmeldung gegen den Willen des Anmelders vorzeitig der Öffentlichkeit preisgibt, verletzt jedoch das Rechtsgut der Diskretion und ist nach § 826 BGB. haftbar. Auch gemäß § 823 Abs. 2 ist er haftbar und zwar schon für fahrlässiges Handeln! Ein persönlicher Schutz fehlt.

7. LG. I Berlin, GRschutz **00** 131—32: Phonographische Wiedergabe von Gesangsvorträgen ohne Genehmigung des Sängers ist unzulässig.

8. Citron, Das Recht an Klang und Geste, DJZ. **01** 67, handelt über diese Frage de lege ferenda.

9. Birkmeyer, Der Schutz der editio princeps, Wismar 1899; Osterrieth, Über den Urheberschutz an Werken der geschichtlichen Forschung und der Textkritik, GRschutz **03** 299—300 (dort auch eingehende Erörterungen de lege ferenda): Der Herausgeber eines rekonstruierten oder kritisch bearbeiteten Textes genießt nicht den gleichen Urheberschutz, wie ein frei und willkürlich schaffender Urheber.

10. **RG.** JW. **03** 148 Ziff. 70: Die Bestimmung des § 1 Ziff. 3 will den gleichen Schutz gewähren wie § 43 des Gesetzes von 1870.

§ 5. Fischer, Zur Neuregelung des Nachdrucks- und Verlagsrechts im Zeitungswesen, Festgabe für Richard Wilke, Berlin 1900, 61—93: Jede Zeitung ist ein „Sammelwerk" im Sinne des Gesetzes.

Die Bestimmung des § 5 in Verbindung mit den entsprechenden des Verlagsgesetzes dient dem Schutze der Anonymität. Würde das Urheberrecht bei geschützten, ohne Namen erschienenen Zeitungsaufsätzen nur durch den Urheber ausgeübt werden können, so müßte der Verfasser zur Ausübung dieses Schutzes aus seiner Anonymität heraustreten.

§ 8. 1. Rehbein, BGB. II 410; Neumann, Handausg. (4) 319 zu § 413 Anm. 2: Das „Urheberrecht" gehört zu den „anderen Rechten" im Sinne des § 413 BGB.

2. Rabel, Die Übertragbarkeit des Urheberrechts, Grünhuts Z. **00** 71/130: Das Urheberrecht ist der Substanz nach übertragbar; auch in der Hand von Singularsukzession des Erblassers kann es idealen, d. h. nicht vermögensrechtlichen Interessen dienen.

3. Wolff, Das Erbrecht des Fiskus und das Urheberrecht, Iherings J. **44** 331—362: Im § 8 liegt keine sachliche Änderung gegenüber dem bisherigen Rechte. Ähnliche Bestimmungen in Österreich, Ungarn, Dänemark, Norwegen, den Vereinigten Staaten u. a., während in den meisten Staaten (Italien, Großbritannien, Belgien, Schweiz, Schweden, Niederlanden, Rußland, Japan u. a.) das Urheberrecht des erblos Verstorbenen nicht anders behandelt wird als andere Nachlaßgegenstände. In einigen Ländern (insbesondere Frankreich) wird das Werk zwar gemeinfrei, doch verbleibt es dem Zugriffe der Nachlaßgläubiger.

Die Regelung des deutschen Gesetzes ist nicht glücklich, für eine Abweichung von den erbrechtlichen Grundsätzen des BGB. lag kein Grund vor; die Durchbrechung der allgemeinen Erbschaftsnormen führt zu mancherlei Absonderlichkeiten oder doch zu schwer lösbaren Zweifeln.

Der Untergang des Urheberrechts setzt voraus, daß der Fiskus gesetzlicher Erbe des Urhebers oder seiner Rechtsnachfolger wird. Ist er als Erbe eingesetzt, so erwirbt er das Urheberrecht; dies also falls der Erblasser bestimmt, daß es bei der gesetzlichen Erbfolge bewenden solle.

Der Fiskus erwirbt als gesetzlicher Erbe weder das aus der Urheberschaft fließende Vermögensrecht, noch das Individualrecht; das Werk wird gemeinfrei. In diesem Falle wird man jedoch den nächsten Verwandten und dem Ehegatten des Erblassers ein Schutzrecht gegenüber solchen Veränderungen gewähren, welche die literarische oder künstlerische Ehre desselben beflecken würden.

Erlischt das Urheberrecht, können die Gläubiger des Verstorbenen aus dem Urheberrechte keine Befriedigung erzielen. Gegen die weiter hieraus sich ergebenden Konsequenzen sucht Verfasser durch entsprechende Anwendung der Grundsätze über das Erlöschen der Rechte durch „Konfusion" (§§ 1976, 2143, 2175 BGB.) zu helfen; dies sei zulässig, weil der gleiche Grundgedanke vorliegt: das Urheber-

recht erlischt, weil man nicht der Gesamtheit (vertreten durch den Fiskus) Rechte gegen die Gesamtheit geben kann. Hieraus ergibt sich:

a) Die gemäß § 8 erloschenen Rechte bestehen bei Nachlaßkonkurs und Nachlaßverwaltung fort. Dies bezieht sich allerdings nicht auf Manuskripte, da diese nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen und daher nicht zur Nachlaßkonkurs- oder Nachlaßverwaltungsmasse gehören.

b) Das vermachte Urheberrecht gilt als fortbestehend, auch wenn der Fiskus gesetzlicher Erbe wird; hier ist es gleichgültig, ob das Werk bereits erschienen ist. Das gleiche gilt, wenn der Nießbrauch an einem Urheberrechte vermacht ist.

c) Gleiches gilt ferner, wenn der Erblasser seinen Erben die Auflage gemacht hat, die Urheberrechte zu bestimmten gemeinnützigen Zwecken zu verwenden und der Fiskus gesetzlicher Erbe wird; die Urheberrechte bleiben „in Ansehung der Auflage" bestehen.

d) Bestand eine vertragliche Verpflichtung des Erblassers zur Übertragung des Urheberrechts, so ist zwar — falls Fiskus gesetzlicher Erbe wird — das Urheberrecht erloschen; aber in Ansehung der Rechte aus dem Vertrage besteht es fort.

e) Ist Fiskus gesetzlicher Vorerbe, erlischt zwar das Urheberrecht; doch gilt das Erlöschen als nicht eingetreten, wenn später die Nacherbfolge eröffnet wird.

f) Auch bei der Pflichtteilsberechnung ist es zuzuzahlen. War das Urheberrecht schon vor dem Todesfall übertragen, so erlischt das sonst beim Urheber gemäß § 9 verbleibende Individualrecht (vgl. aber oben!). Stand dem Urheber die Kondiktion an dem Urheberrechte zu (z. B. weil die Übertragung des Rechtsgrundes ermangelte), geht der Kondiktionsanspruch des Fiskus auf Verzicht des Erwerbers auf das Urheberrecht also darauf, daß das Werk gemeinfrei wird.

Wird Fiskus gesetzlicher Erbe des Urheberrechts, so ist zu scheiden:

α. war die Übertragung keine solche der Substanz nach (z. B. Pfand- oder Verlagsrecht), fallen die dem Urheberrecht aufgelegten Belastungen fort.

β. Im Falle der substanzmäßigen Übertragung des Urheberrechts wird das Werk gemeinfrei. Kein Heimfall an den Urheber.

§ 10. Rabel a. a. O., insbes. 136—152, 168—174, 180: Die Einzelnachfolger des Urhebers (einschließlich der Vermächtnisnehmer) sind gegen Zwangsvollstreckung in das Urheberrecht nicht geschützt. Die Erben des Urhebers werden dagegen auf den Ertrag der Verwertungshandlungen desselben gewiesen.

Durch § 10 wird auch das Anfechtungsrecht der Gläubiger (§ 7 AnfG. und § 29 KO.) in Mitleidenschaft gezogen.

§ 11. P. Alexander-Katz, Der Kunstwerksschutz des Architekten, GRschutz **03** 130—138 (eine Arbeit, die sich sonst wesentlich mit Fragen de lege ferenda befaßt!): Der Urheber einer architektonischen Zeichnung hat die ausschließliche Befugnis, sein Werk zu vervielfältigen; er allein ist also berechtigt, Kopien seiner Zeichnungen anzufertigen. Wenn er dem Bauherrn seine Entwürfe eingereicht hat, ist dieser nicht befugt, diese Entwürfe zu kopieren. Freilich gestattet das Gesetz dem Bauherrn das Verleihen des Entwurfes. Dieser kann ihn also einer Baufirma leihen, damit diese ihn durcharbeite; aber auch diese ist nicht berechtigt, ihn zu kopieren.

Der Urheber ist ferner ausschließlich befugt, den Inhalt eines Werkes öffentlich mitzuteilen und zu bestimmen, ob und wie das Werk in Fach- und Tageszeitungen zuerst zur Darstellung gebracht werden soll. Dasselbe gilt gemäß

§ 12 von den Bearbeitungen. Die erste Ausführung architektonischer Werke ist durch diese Vorschriften dem Urheber wenigstens indirekt für zahlreiche Fälle gesichert. Auch die §§ 823, 826 BGB. gewähren Schutz gegen illoyale Benutzung gelieferter Bauprojekte.

Über diese Frage de lege ferenda vgl. auch Osterrieth, Die Werke der Architektur als Gegenstand des Urheberschutzes (GRschutz **03** 170/1).

§§ 11, 19, 39. **RG.** (Straff.) **37** 294/5. Ein besonderes Recht der Tagespresse, Mitteilungen, wie sie sonst durch das Urheberrechtsgesetz verboten sind, zu machen, falls nur damit der Aufgabe der Tagesblätter gedient wird, Besprechungen im Interesse der Allgemeinheit oder der Leser oder gewisser Kreise der letzteren zu bringen, ist aus dem Gesetze nicht zu entnehmen. Der Begriff „selbständige literarische Arbeit" im Sinne des § 19 setzt voraus, daß der Verfasser ein eigenes Werk, welches auf eigener Geistestätigkeit beruht, schaffen will und schafft, und daß er die Teile des fremden Werkes nur wiedergibt, weil und insoweit sie der eigenen Besprechung dienen sollen, daß der Zweck und Gegenstand der Arbeit nicht der ist, ein fremdes Werk selbst zur Kenntnis anderer zu bringen, zu vervielfältigen und zu veröffentlichen, sondern der, eigene Gedanken auszusprechen, mögen sich dieselben auch gerade auf das fremde Werk beziehen, insbesondere sich mit einer Kritik desselben befassen.

§ 13. Leander, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Gesetzes, betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst (GRschutz **99** 291 bis 293): Die Fassung des Abs. 2 entspricht nicht genau den Motiven; denn sie trifft auch beiläufige Entlehnungen, ebenso musikalische Satiren und Parodien. „Einer neuen Arbeit zugrunde gelegt" sein heißt nicht: die einzige oder die Hauptgrundlage der Arbeit bilden und das Wort „Arbeit" braucht nicht ein Werk als Ganzes zu bedeuten. Ist es nach der Vorschrift z. B. erlaubt, das Scherzo einer Symphonie, also einen ganzen selbständigen Satz auf einer fremden Melodie aufzubauen? Übrigens kann eine Parodie ein ganzes geschlossenes Werk sein und ihr kann, wenn sie in kleinem Stile komponiert ist, die parodierte Melodie allein oder hauptsächlich zugrunde liegen. Dennoch muß sich der Richter bei Anwendung dieser Vorschrift, um Unzuträglichkeiten zu vermeiden, mehr an die Motive als an den Text des Gesetzes halten.

§ 15. **RG.** (Straff.), GRschutz **00** 97: Über den Umfang der Rechte eines französischen Autors oder dessen Rechtsnachfolgers in Deutschland, insbes. über die Frage, ob die Tatbestandsmerkmale des Nachdrucks vorliegen, entscheidet das Recht des Landes, in welchem der Anspruch verfolgt wird (Art. 6 Abs. 2 des deutsch-französischen Vertrags v. 19. 4. 83 und Art. 10 Abs. 2 der Konvention v. 9. 9. 86).

§§ 15, 22. **RG.** DJZ. **04** 947: Nach § 15 ist es gleichgültig, durch welches Verfahren die Wiedergabe bewirkt wird; eine den Tonsatz des Originals wiedergebende Aufzeichnung ist daher auch dann Vervielfältigung, wenn dazu Zeichen verwendet werden, die nicht Noten im technischen Sinne sind. Daher kann eine Urheberverletzung auch durch die eigenartigen Notenblätter für Guitarrezithern begangen werden.

§§ 16, 17. Damme, Beiträge zum Urheberrecht, Gruchots Beitr. **48** 520 bis 530: Alle Entscheidungen, Protokolle, Anklagen, Gutachten, die von Beamten zum amtlichen Gebrauche gefertigt werden, sind urheberrechtlich frei; desgleichen die von Beamten gehaltenen Reden (z. B. Plaidoyers des Staatsanwalts, Rechtsbelehrung des Schwurgerichtsvorsitzenden).

Jede literarische oder oratorische Leistung, einschließlich der Parteiausführungen und der Auslassungen der Zeugen und Sachverständigen, welche der

Erledigung eines öffentlich-rechtlich geregelten Verfahrens (auch schiedsgerichtlichen Verfahrens) dient, ist urheberrechtlich grundsätzlich frei.

§ 17. RG. (Straff.) **36** 8—11 Nr. 3, DIZ. **02** 32, IW. **03** 148 Nr. 71, GRschutz **04** 187—188, Stenglein, DIZ. **02** 329: Vorträge akademischer Lehrer sind gegen Nachdruck geschützt (Fall Schmoller).

§ 18. 1. RG. (Straff.) IW. **03** 227 Ziff. 30, RG. (Straff.) **36** 198, 199 Nr. 12, GRschutz **04** 188: Der Begriff „wissenschaftlich" im Sinne des § 18 ist kein absoluter; als wissenschaftlich wird sich (mit dem ROHG. **5** 168) der Inhalt einer Geistesarbeit jedenfalls dann bezeichnen lassen, wenn er nach der Art und Weise der gegebenen Erörterungen seine Bestimmung bekundet, einem wissenschaftlichen Zweck zu dienen. Nicht entscheidend ist, welchen wissenschaftlichen Wert die Ausarbeitung hat, ob sie gut oder schlecht, gründlich oder oberflächlich ist, ob die Wissenschaft tatsächlich von ihr Nutzen zieht oder nicht. Vgl. auch RG., Bolze **15** 60.

Die systematische Behandlung kann Kennzeichen des wissenschaftlichen Inhalts sein, ist aber weder das einzige noch das unbedingt erforderliche Merkmal eines wissenschaftlichen Inhalts.

Die Wiedergabe des Inhalts einer Gerichtsentscheidung in der Bearbeitung, welche den Zweck hat, zum Verständnis des Gesetzes beizutragen, kann wissenschaftlich sein, ob sie es ist, ist Frage des Einzelfalls.

RG. (Straff.) **36** 198, 199 Nr. 72: Eine besondere Form für den Vorbehalt im Sinne des § 18 Abs. 1 ist nicht vorgeschrieben; es reicht aus, wenn der Autor seinen Willen zu erkennen gibt, daß er sich das Recht der Vervielfältigung allein vorbehält.

2. § 18 ist ein Kompromißgesetz; er erweitert und verschärft den Rechtsschutz der Zeitungs- und Zeitschriftenartikel. Der Schutz der Zeitschriften ist stärker als der der Zeitungen, da ihr Inhalt (abgesehen von § 18 Abs. 3) vollständig geschützt ist. Der Unterschied zwischen „Zeitung" und „Zeitschrift" ist im Gesetz nicht definiert. Die Unterscheidung nur von Fall zu Fall möglich unter Berücksichtigung der Auffassung der Verkehrskreise. Der mehr wissenschaftliche Charakter und das Erscheinen in längeren Zwischenräumen sind nur Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Zeitschrift. Ausschlaggebend sind sie nicht.

Der Begriff der „Ausarbeitung" ist nur von Fall zu Fall festzustellen. Die Ausarbeitung setzt eine geistige Arbeit voraus, welche in der Beherrschung des ganzen zu behandelnden Stoffes, sowie in dem Zweck zum Ausdruck kommt, den Leser zu belehren oder zu unterhalten. Sie unterscheidet sich dadurch von der Zeitungsnotiz, daß sie auf eine nicht nur vorübergehende Berücksichtigung Anspruch macht.

Schutzfrei sind die Mitteilungen tatsächlichen Inhalts. Damit ist eine Grenze gezogen zwischen rein tatsächlichen Mitteilungen und solchen, die das Tatsächliche in literarischer Form bringen. Der Abdruck von tatsächlichen Mitteilungen kann häufig nach § 1 des UnlWG. oder § 826 BGB. beanstandet werden. Eine Darstellung des „Vorbehalts der Rechte" und der Bedeutung und der Wirkungen dieses Vorbehalts gibt Ortloff, Zeitungs- und Zeitschriftenurheber- und Verlagsrecht, GRschutz **02** 297, 304 (s. hierzu auch Fischer, Zur Neuregelung des Nachdrucks- und Verlagsrechts im Zeitungswesen, Festgabe für Wilke 61—93).

§ 19. 1. Birkmeyer, Teilweiser Nachdruck, DIZ. **03** 256—59: Der gesetzliche Schutz gegen Nachdruck droht — wenigstens in Preußen — illusorisch gemacht zu werden durch die Festhaltung des Begriffes des „teilweisen Nachdrucks". Dieser Begriff ist dem Gesetz fremd.

Die literarischen Sachverständigenkammern nehmen ihn an und haben, als der Verletzer dem Originalwerk nur den 35. Teil entnahm, ausgeführt, daß „dieses quantitative Verhältnis des Entlehnten zum Originalwerk zu gering sei, um die Annahme eines teilweisen Nachdrucks zu begründen". Dies entspricht der Praxis des früheren Sachverständigenvereins. Diese Praxis ist ohne gesetzlichen und wissenschaftlichen Halt: Die Begriffsmerkmale sind beim teilweisen Nachdruck nicht andere wie beim totalen, nur daß jener die Vervielfältigung nicht des ganzen Originalwerks, sondern seines Teiles darstellt. Über das Quantitätsverhältnis bestimmt das Gesetz nichts. Der Begriff führt zu willkürlichen und unpraktischen Unterscheidungen.

Für das Vorhandensein des animus citandi oder des animus spoliandi kann allerdings neben anderen Kriterien auch die Quantität des Abgedruckten ein Indiz bilden. Aber nicht sowohl im Verhältnis zum Umfang des Originalwerks, sondern zum Umfang des angeblichen Nachdruckswerks.

2. RG. JW. **99** 823—826, GRschutz **00** 278, 279, DJZ. **00** 166: Für die Frage, ob eine Zusammenstellung von einzelnen Stellen oder kleinen Teilen eines Werkes trotz § 7a des G. v. 11. 6. 1870, jetzt § 19 des G. v. 19. 6. 01 (bzw. Art. 4 der Übereink. zwischen Deutschland und Frankreich v. 19. 4. 83) erlaubt ist, läßt sich eine allgemeine Begriffsbestimmung, die sich schematisch auf jeden einzelnen Fall anwenden ließ, nicht aufstellen; die Frage ist vielmehr von Fall zu Fall an der Hand der Tatsachen zu prüfen.

§ 22. Schmid, Unlauterer Wettbewerb auf dem Gebiete der Phonographenfabrikation, GRschutz **03** 81—85: Phonographen gehören zu den Instrumenten, auf welchen Tonstücke nicht ohne Erlaubnis des Urhebers veröffentlicht werden dürfen.

Der Hersteller der ersten Walze hat keinerlei Urheberrecht.

Damme, Beiträge zum Urheberrechte, Gruchots Beitr. **48** 530—540: Auf das Pianola und ähnliche Instrumente bezieht sich die Ausnahmevorschrift des § 22 nicht.

§ 25. Schäfer, Die gesetzliche Quellenangabepflicht bei ganzer oder teilweiser Vervielfältigung bereits veröffentlichter Zeichnungen, kunstgewerblicher, technischer, wissenschaftlicher Abbildungen und Geisteswerken des Inlandes, GRschutz **02** 37/40: Unter Quellenangabe versteht das Gesetz nicht nur die Angabe des Werkes nach genauer Titelbezeichnung, sondern auch die Angabe des Namens des Verfassers, soweit ein solcher aus dem Werke ersichtlich ist.

Gleichgültig ist, ob der Abdruck vollständig oder nur zu einzelnen Bestandteilen erfolgt; auch bei bloß teilweiser Benutzung muß die Quellenangabe vollständig und richtig sein.

Bei Unterlassung haftet der Veranlasser des Abdrucks, als solcher erscheint bei periodischen Druckschriften der verantwortliche Redakteur (daneben eventuell auch Verleger und Drucker), bei nicht periodischen Druckwerken der Verleger oder bei Sammelwerken der Herausgeber, bei öffentlichen Vorträgen und Aufführungen der Vortragende und der Leiter der Aufführungen.

Strafantragsberechtigt ist der Verfasser, daneben der Verleger.

Verfasser gibt dann noch eine genaue Aufzählung aller Fälle der Quellenangabepflicht und zählt auf, welche Entnahmen aus fremden Druckschriften für den Fall der Quellenangabe gestattet sind.

§ 27. Fuld, Die Veranstaltung musikalischer Aufführungen, DJZ. **05** 162/3; Veranstaltung und Veranstalter musikalischer Aufführungen, Börsenblatt für den deutschen Buchhandel **04** 2871/2; Bundesgericht zu Bern, Z. d. Bernischen Juristenvereins **39** 665, GRschutz **04** 274: Bei Veranstaltung musikalischer Aufführungen ist bezüglich der Passivlegitimation des Saalbesitzers

zu unterscheiden, ob er lediglich seine Räumlichkeiten dem Dirigenten einer Kapelle zur Verfügung stellt; dann ist er nicht der Veranstalter, sondern höchstens Gehilfe des die Urheberrechtsverletzung begehenden Dirigenten und haftet höchstens als Mittäter gemäß § 830 BGB.

Ist der Gastwirt dagegen der Unternehmer, übt er auf das Konzert Einfluß aus, so ist er der Veranstalter. § 27 Abs. 1 findet keine Anwendung, da Gastwirtschaften stets einen gewerblichen Charakter haben. Dies gilt auch von Kurdirektionen, Pächtern städtischer Tonhallen u. dgl.

Bestellt der Unternehmer einen Vertreter, kann § 831 BGB. in Frage kommen.

§ 29. Über die rechtsphilosophische Begründung der zeitlichen Begrenzung des Urheberrechts vgl. R. Alexander-Katz, Die zeitliche Begrenzung der Immaterial-Güterrechte in der Festgabe für Wilke (Berlin 1900) 1—45.

§ 38. 1. Schuster, Die Einschränkung der strafrechtlichen Verfolgung aus wissenschaftlichen Urheberrechtsverletzungen, DIZ. **00** 380; Birkmeyer, Gegen die Strafbarkeit von fahrlässigen Urheberrechtsverletzungen, DIZ. **00** 467 (beide Arbeiten befassen sich im wesentlichen mit Fragen de lege ferenda); Hilse, Straffälligkeit der Anstifter und Gehilfen zu einer Verletzung des Urheberrechts aus § 38 des Ges. v. 19. 6. 01, GRschutz **03** 257/8: Für den Vorsatz reicht Dolus eventualis aus.

2. **RG.** (Strafs.) **36** 11 Nr. 3: Bei der Bestrafung wegen Nachdrucks genügt in subjektiver Beziehung die Feststellung, daß der Angeklagte vorsätzlich gehandelt habe, da er sich des Vorliegens aller tatsächlichen Umstände bewußt gewesen sei, welche die Anwendung des Gesetzes rechtfertigen. Ein etwaiger Irrtum des Angeklagten darüber, daß „zur Vervielfältigung der politischen Ansicht des S. es dessen Genehmigung bedürfe", würde als strafrechtlicher Irrtum keine Beachtung verdienen, da die Unterscheidung zwischen den gesetzlich zulässigen und unzulässigen Fällen der Vervielfältigung einen Bestandteil der Strafnorm des § 38 Nr. 1 bildet; eine Vorschrift, wie die des § 18 Abs. 2 des früheren Gesetzes, wonach auch der entschuldbare rechtliche Irrtum Berücksichtigung findet, enthält das jetzt geltende Gesetz nicht.

Hilse a. a. O. 258: Rechtsirrtum exkulpiert (im Gegensatze zum alten Urheberrechtsgesetze) nicht mehr. Auch die Anstifter sind strafbar; als solche sind namentlich die Inhaber gewisser literarischer Bureaus, als die Verleger von Zeitschriften, welche am Kopf derselben zum Nachdruck unter Quellenangabe auffordern, anzusehen, wenn sie die Genehmigung der Autoren hierzu nicht haben.

3. **RG.** JW. **05** 352 Nr. 8: Für die Strafbarkeit einer gesetzwidrigen Vervielfältigung ist es gleichgültig, ob ein daraus zu erzielender Gewinn beabsichtigt war oder nicht.

RG. (Strafs.) **37** 36—70 Nr. 123: Gewerbsmäßiges Handeln im Sinne des § 38 setzt nur die auf fortgesetzten Erwerb gerichtete Absicht voraus, nicht daß tatsächlich Gewinn gezogen ist. Gewerbsmäßige Verbreitung liegt nicht nur da vor, wo die Verbreitung der Nachdruckexemplare in gewinnsüchtiger Absicht erfolgt, sondern auch da, wo sie überhaupt innerhalb der Sphäre eines Gewerbebetriebs, als Ausfluß einer auf fortgesetzten Erwerb gerichteten Tätigkeit vor sich geht.

Die in der Literatur vertretene Ansicht, daß eine strafbare Vervielfältigung nur da vorliege, wo sie in der Absicht, eine Einnahme aus dem Werke zu erzielen, erfolgt sei, ist unhaltbar. Gegen sie spricht der Wortlaut und die Tendenz des Gesetzes, nach welcher der Autor gegen jegliche widerrechtliche Benutzung seiner Schöpfungen, nicht nur gegen gewinnsüchtige Ausbeutung geschützt sein soll. Wäre diese Ansicht richtig, würde überdies der § 15 Abs. 2 überflüssig gewesen sein.

§ 47. **RG.** JW. **02** 586 Ziff. 46: Der § 47 hat keine rückwirkende Kraft; eine vor dem Inkrafttreten des Gesetzes erklärte Anschließung als Nebenkläger ist daher unwirksam.

§ 55. **RG.** (Strafs.) **37** 386—89 Nr. 129: Als Werk im Sinne des § 55 kann sich auch ein literarisches Erzeugnis darstellen, das als ein Teil eines Schriftwerks verfaßt ist.

Ein in England ohne Nachdrucksverbot erschienener Zeitungsartikel darf in Deutschland nicht ohne Rücksicht auf deutsches Urheberrecht abgedruckt werden.

Fuld, Inwieweit sind die in Österreich erschienenen Werke in Deutschland gegen Übersetzungen geschützt? R. **03** 442—44: Die Staatsangehörigen Österreich-Ungarns haben in Deutschland auf den Schutz gegen Übersetzungen der nicht zuerst in Deutschland bzw. nicht gleichzeitig in Deutschland und in dem Heimatstaat erschienenen Werke lediglich auf Grund und nach Maßgabe des Übereinkommens vom 20. 12. 1899 Anspruch.

Das Reichsgesetz von 1901 kommt dabei nicht in Betracht.

§ 61. (§ 50 des Ges. v. 11. 6. 1870.) Osterrieth, Das Aufführungsrecht an dramatischen und musikalischen Werken, GRschutz **04** 173—176: Wegen der Bestimmung des § 61 ist für die Frage des Aufführungsrechts an einem vor dem 1. 1. 02 entstandenem Tonwerke in erster Linie das Gesetz vom 11. 6. 1870 maßgebend.

Über den Begriff „Aufführung eines dramatisch-musikalischen Werkes" besteht Meinungsverschiedenheit. Nach Dambach, Kommentar 244, Endemann, Das Urheberrecht an Schriftwerken, (Berlin 1871), 80, Scheele, Das Deutsche Urheberrecht, (Leipzig 1897), 134 liegt eine Aufführung nur vor bei Vorstellung mit verteilten Rollen und szenischer Handlung. Dies ist unrichtig und beruht auf veralteten Kunstanschauungen. Da die Identität des Werkes im wesentlichen durch die Musik bestimmt wird, das Übergewicht der Musik über den Text erkennt auch das Gesetz (§ 51 Abs. 2 des Ges. v. 11. 6. 1870 und § 28 Abs. 2 des Ges. v. 19. 6. 01) an, so liegt eine Aufführung schon dann vor, wenn die Musik zur Wiedergabe gelangt. Die Bühnenaufführung verstärkt die Wirkung, ist aber nicht erforderlich, um das Werk in seiner Wesenheit zum Ausdruck zu bringen. Es ist daher rechtlich unerheblich, ob die Aufführung eine bühnenmäßige ist oder nicht.

Das Ges. v. 1901 kennt (im Gegensatz zu dem von 1870) tatsächlich nur zwei Gruppen von Werken: Schriftwerke und musikalische Werke, und zwar aus dem Grunde, weil es alle Tonwerke ohne irgend welche formale Erfordernisse (Vorbehalt für durch Druck veröffentlichte Werke) gleichmäßig gegen jede unbefugte Aufführung schützt. Es ist daher zutreffend, wenn die Motive des Gesetzes von 1901 ausführen, das dramatisch musikalische Werk bestehe, wenngleich es im Verkehr als einheitliches Ganzes angesehen wird, rechtlich aus zwei selbständigen Werken, dem Texte und der Musik, und es verstehe sich von selbst, daß auf den Text die Vorschriften des Entwurfs über die Schriftwerke, auf die Musik die Vorschriften über die Werke der Tonkunst Anwendung finden. Denn hier wird die Musik als der wesentliche Träger der dramatisch-musikalischen Schöpfung allein oder im Zusammenhang mit Text und Szenarium hinreichend geschützt, während andererseits auch der Text allein als Schriftwerk zu seinem Rechte kommt.

§ 62. 1. **RG.** (Strafs.) JW. **00** 710—11, GRschutz **02** 294: Das Gesetz vom 11. 6. 1870 beseitigte alle früheren, in den Staaten des Norddeutschen Bundes geltenden rechtlichen Bestimmungen in bezug auf das Urheberrecht, auch die auf Grund des Bundesbeschlusses vom 6. 9. 1832 erlassenen. Die Vereinbarung im Prager Frieden vom 23. 8. 1866, welche Wiederherstellung der früheren Ver-

träge fordert, hat im § 62 ihren Ausdruck gefunden. Diese ist jetzt für den Richter allein verbindlich.

§ 62 des Ges. v. 11. 6. 1870. **KG.**, KGBl. **02** 65—66, GRschutz **02** 292—94: Vom Standpunkte des § 62 des deutschen Urheberrechtsgesetzes aus müssen aber, soweit das deutsche Rechtsgebiet in Frage kommt, unter die im § 67 es österr. Gesetzes bezeichneten rechtmäßigen Aufführungen auch diejenigen verstanden werden, welche im Gebiete des Deutschen Reichs erfolgt sind, ohne daß dadurch eine Verletzung des durch das österr. Gesetz geschützten Urheberrechts und damit des § 62 des deutschen Urheberrechts begangen wäre. Denn dieser § 62 dehnt die Wirksamkeit des österr. Gesetzes, das an sich territorial nur für Österreich gilt, in territorialer Hinsicht auf das Gebiet des Deutschen Reichs aus, soweit es sich um die Dauer der Schutzfrist für österreichische Bühnenwerke in Deutschland handelt. Unterstellt hiernach insoweit das deutsche Gesetz, daß unter dem Herrschaftsgebiete des österreichischen Gesetzes das Gebiet Deutschlands mit inbegriffen sei, so muß es auch die Absicht haben, daß auch der § 67 des österr. Gesetzes gleichmäßig für Österreich und deutsches Gebiet in Anwendung kommen soll, daß also auch die in Deutschland nachträglich, d. h. ohne Verletzung des österreichischen Autorrechts erfolgten Aufführungen denen in Österreich gleichstehen sollen.

Der § 62 will weder ausdrücklich noch stillschweigend vorschreiben, daß der Schutz eines österreichischen Bühnenwerks stets in Österreich und Deutschland in gleicher Weise erfolgen soll.

2. **RG. 54** 438: Dieser Paragraph wie die übrigen Übergangsbestimmungen bezieht sich lediglich auf das Urheberrecht und ist auf das Verlagsrecht nicht analog anwendbar.

§ 64. 1. Stammler, Privilegien u. Vorrechte (1903) 18: Durch diese Vorschrift wird ausgeschlossen, daß künftighin etwa „Privilegien" (wie solche z. B. für die Aufführung des „Parsival" verlangt wurden) wieder erteilt werden.

2. Internationales Recht.

Röthlisberger, Gesetze über das Urheberrecht in allen Ländern, Leipzig 1902.

Über die Rechtsgrundlage der Parsivalaufführungen in Amerika vgl. Kirchheim, Parsival in Amerika, DJZ. **03** 449—456, Schnitzler, Parsival in Amerika, DJZ. **03** 521.

Über das neue amerikanische Urheberrechtsgesetz vgl. Osterrieth, Bemerkungen zu dem neuen amerikanischen Gesetz v. 3. 3. 05, GRschutz **05** 91—94.

Gesetz über das Verlagsrecht.

Vom 19. Juni 1901.

§ 1. 1. Allgemeines.

RG. I **54** 423—428 Nr. 112, JW. **03** 298, GRschutz **03** 326, Röthlisberger, Der Verlagsvertrag über Beiträge an Zeitungen und Zeitschriften, GRschutz **04** 278: Es kann nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes nicht zweifelhaft sein, daß das Gesetz kein wesentlich neues Recht schaffen, sondern nur das in Übung befindliche Recht, wie es auf Grund der Gepflogenheiten des Verlagsverkehrs sich gestaltet hatte, im Anschluß an das Gesetz v. 9. 6. 01 einer mit den Grundsätzen dieses Gesetzes wie des BGB. übereinstimmenden, zusammenfassenden Regelung unterziehen wollte.

Die Bestimmungen dieses Gesetzes sind dispositiver Natur.

2. Das Gesetz erstreckt sich nur auf Schriftwerke, einschließlich der Werke der Tonkunst und der wissenschaftlichen und technischen Abbildungen, dagegen nicht den Kunstverlag, die Beziehungeu zwischen Verleger und bildendem Künstler im Falle der Übertragung von Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechten an Werken der bildenden Kunst. Hierfür sind daher die Vereinbarungen der Parteien und die Gebräuche und Gepflogenheiten im Kunstverlagsgeschäft, sowie das bürgerliche Recht bzw. Handelsrecht maßgebend.

Vgl. Schäfer, Zur gesetzlichen Regelung des Verlagsrechts an Werken der bildenden Kunst (GRschutz **04** 37—44), wo eingehende Ausführungen de lege ferenda über das zu schaffende Kunstverlagsrecht mit dem Entwurfe eines Gesetzes; R. Alexander-Katz, Das Kunstverlagsrecht, Berlin 1903 und GRschutz **03** 361—368 insbes. VI; Hennig, Bausteine zum Kunstverlagsgesetz (Börsenblatt für den Deutschen Buchhandel, Leipzig 1904, 5012—5017).

3. M. Isaac, Verlagsvertrag mit einem Ausländer, ZIPR. **03** 375 ff.

§ 1 statuiert gegenseitige Verpflichtungen

a) des Verfassers

α. dem Verleger die Handschrift oder die sonstige körperliche Grundlage seiner geistigen Schöpfung zur Vervielfältigung und Verbreitung für eigene Rechnung zu überlassen,

β. ihm das geistige Eigentum an dem Werk (falls ein solches besteht) zur teilweisen Ausnutzung zu überlassen.

b) des Verlegers

α. das Werk zu vervielfältigen und zu verbreiten,

β. über die durch das Verlagsrecht gezogenen Grenzen hinaus, nicht in das Urheberrecht des Verfassers einzugreifen,

γ. den Verfasser zu honorieren.

4. Kohler, Zum Autorrecht und Individualrecht, GRschutz **99** 152: Die Verleger haben auch die Befugnis, das Individualrecht der Autoren geltend zu machen.

5. **RG.** JW. **05** 344 Nr. 19: Der Wortlaut der Verträge, welche im literarischen und Kunstverlage zwischen den Inhabern der Geschäfte und den Schöpfern der verlegten Werke abgeschlossen worden sind, gilt allgemein als Geheimnis. Daher das Recht der Zeugnisverweigerung über dieselben!

6. Über den Verlagsvertrag im Zeitungswesen vgl. Fischer, Zur Neuregelung des Nachdrucks- und Verlagsrechts im Zeitungswesen in der Festgabe für Wilke, insbes. 84—87.

R. Alexander-Katz a. a. O. 9: Beim Kunstverlag gilt das Verlagsrecht nur als für diejenige Kunstform übertragen, welche der Verleger zunächst übernommen bzw. deren Vertrieb zur Zeit des Verlagsvertrags den regelmäßigen Geschäftsbetrieb des Verlegers bildet.

§ 2. Abs. 3. **RG.** I **52** 423—428 Nr. 112: Diese Bestimmung ist nicht zwingendes Recht, hat auch nicht rückwirkende Kraft, sie ist vielmehr nur dispositiv.

§ 5. R. Alexander-Katz a. a. O. 10, 11: Dieser Grundsatz ist beim Kunstverlag auch nicht analog anwendbar, da der Begriff der „Auflage" für die meisten Zweige des Kunstverlags wegfällt. Mangels besonderer Abrede umfaßt daher der Verlagsvertrag das gesamte Reproduktionsrecht in dem fraglichen Kunstverfahren. Anders nur da, wo die Verbreitung von Nachbildungen sich in den Formen des literarischen Buchhandels vollzieht (z. B. die illustrierter Zeitschriften und Illustrationswerke. Dann teilen sie das Schicksal der Hauptwerke, in welchen sie zu erscheinen haben.

Über die Größe der „Auflage" im Zeitungswesen vgl. Fischer a. a. O. 87—88.

§ 10. Isaac a. a. O. 382—388 (welcher die Analogie des Pachtvertrags heranzieht, Börsenblatt f. d. deutsch. Buchhandel **01** 1030: Erfüllungsort für den Verfasser ist der Wohnort des Verlegers; dies wird insbesondere für den Fall der Statutenkollision wichtig!

§ 13. **RG.** I JW. **04** 391 Nr. 20: Der Anspruch des Autors gegen den Verleger, daß dieser sich bei Ausübung seines Rechtes innerhalb der durch Gesetz und Vertrag gezogenen Schranken hält, also sich eigenmächtiger Änderungen an dem Werke enthält, ist ein vermögensrechtlicher.

§ 14. Isaac a. a. O. 376—381: Erfüllungsort für den Verleger ist der Ort seiner gewerblichen Niederlassung. Dies wird insbesondere für den Fall der Statutenkollision wichtig!

§ 21. **RG.** SeuffA. **55** 325—329, GRschutz **00** 213/4: Mangels besonderer Vertragsabrede darf der Verleger unverkäufliche Werke nicht „im Ramsch" verkaufen. Eine Usance, die den „Ramschverkauf" zuläßt, ist nicht nachweisbar.

§ 22. **RG.** DJZ. **03** 393, GRschutz **03** 323/4: Die Vereinbarung über Termine für die Honorarzahlung kann als Fixgeschäft im Sinne des § 361 BGB. in Verbindung mit § 326 angesehen werden.

§ 25. R. Alexander-Katz a. a. O. 14: Auch im Kunstverlage sind Freiexemplare üblich. Diese darf der Künstler verkaufen. Doch darf der Künstler seinen Probedruck nicht in den Handel bringen und damit dem Verleger Konkurrenz machen.

§ 27. 1. Lissauer, Kann der Autor nach Vervielfältigung die Herausgabe seines Manuskripts verlangen? DJZ. **03** 366/7: § 27 regelt nur die verlagsvertragliche Verpflichtung des Verlegers zur Rückgabe des Werkes; ihm wird im Falle des Vorbehalts eine Art Aufbewahrungspflicht während der Vervielfältigungsperiode auferlegt. Mangels Vorbehalts entbinden ihn die Regeln des Verlagsvertrags von der Aufbewahrungspflicht während der Vervielfältigung. Ist diese beendet, so endet die Dispens von der Aufbewahrungspflicht; der Verleger hat fremdes Eigentum in Händen. Der Urheber kann die Herausgabe wieder verlangen; er hat das Eigentum an dem Manuskripte nicht verloren.

2. Schäfer, Das Manuskript und sein urheberrechtlicher Vermögenswert, GRschutz **05** 196—202: Das Manuskript selbst repräsentiert einen Vermögenswert, der von dem Gerichte zu Unrecht oft nicht genügend gewürdigt wird.

§ 28. R. Alexander-Katz a. a. O. 12: Für das Gebiet der Kunst muß an der prinzipiellen Unveräußerlichkeit des Rechtes des Verlegers festgehalten werden, da die Verlagsgabe des Kunstwerks weit mehr auf persönlichem Vertrauen zum Kunstverleger beruht.

§§ 42 ff. 1. Röthlisberger, Der Verlagsvertrag über Beiträge an Zeitungen und Zeitschriften. Bericht für den IX. internationalen Preßkongreß zu Wien. GRschutz **04** 277—281: Es ist ein statutarisches Recht, daß, wenn für Beiträge an Zeitungen dem Verleger auch ein ausschließliches Vervielfältigungsrecht eingeräumt ist, dennoch der Verfasser sofort nach Erscheinen des Aufsatzes das Recht aufheben und anderweitig über seine Arbeit verfügen darf.

Dagegen entspricht es den Gepflogenheiten und wird durch die besonderen Umstände wohl erkennbar, daß nach der Absicht der Parteien der Beitrag zu Zeitschriften und Verlagsartikeln, wie dies Kalender, Jahrbücher usw. sind, eine ausschließliche Bestimmung für die betreffende Veröffentlichung hat. Der Verfasser kann daher gemäß dem Willen des Gesetzgebers erst dann wieder seine Arbeit verwerten, wenn ein Jahr nach Ablauf des Erscheinungsjahres vorübergegangen ist, also der Vertrieb des Sammelwerkes sich ruhig hat abwickeln können.

Das Gesetz stellt den Unterschied zwischen „Zeitschriften" und „anderen periodischen Sammelwerken" auf, trotzdem gegen diese Unterscheidung vieles geltend gemacht ist.

Das Gesetz behandelt nicht nur den wirklichen Verlagsvertrag, sondern ordnet auch Verhältnisse, in denen einfach die Verwertung des Beitrags (einmalige Vervielfältigung und Verbreitung ohne ausschließliche Verlagsbefugnis) in Frage steht.

2. Strehlen, Abdruck von Zeitungsartikeln, Börsenblatt für den Deutschen Buchhandel, Leipzig 1904, 4756/7: Die Gestattung des Nachdrucks durch den Zeitungsverleger bedeutet noch nicht die Gestattung durch den Verfasser. Es besteht keine Vermutung, daß der Zeitungsverleger das ausschließliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung erhalten habe. Der allgemeine Ermächtigungsvermerk an der Spitze der Zeitung besagt keineswegs, daß der Verleger dem Verfasser gegenüber die Übertragung der Dispositionsbefugnis auf sich zur Bedingung mache, sondern nur daß er dem Nachdrucke gegen Quellenangabe keine Schwierigkeiten bereite.

3. Übergangsbestimmungen.

RG. I **54** 435—438 Nr. 112: Das Verlagsgesetz enthält keine Übergangsbestimmungen wie das Urheberrechtsgesetz; insbes. ist daher die Bestimmung des § 62 LitUrhG. nicht analog auf Verlagsverträge anwendbar: eine Rückwirkung der Bestimmungen des Verlagsgesetzes auf Rechtsverhältnisse, die vor dem 1. 1. 02 bestanden haben, ist nicht gewollt. Es bleibt daher bei dem allgemeinen Rechtsgrundsatze, daß ein neues Gesetz auf bereits bestehende Verträge nicht anzuwenden ist.

Druck von Gebhardt, Jahn & Landt G. m. b. H., Schöneberg-Berlin.

